This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 103 192 951

Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY

Received SEP 14 1909

Digitized by Google

Germany. Laws, statutes, etc. Codes, Bankruptcy

Deutsche
Reichs-Konkursordnung

erläutert von

Dr. G. v. Wilmowski,
Geheimer Justizrath.

Nach dem Tode des Verfassers fortgesetzt von

Dr. K. Kurlbaum,
Oberlandesgerichtspräsident in Stettin, Wirklicher Geheimer Rath,

A. Kurlbaum,
Rechtsanwalt bei dem Reichsgericht,

und

W. Kühne,
Rechtsanwalt in Glatz.

Sechste umgearbeitete Auflage.

Berlin, 1906.
Verlag von Franz Vahlen.
W., Mohrenstraße 13/14.

Digitized by Google

SEP 1 4 1909

Digitized by Google

Vorwort zur ersten Auflage.

Eine mehrjährige eingehende praktische Beschäftigung mit Konkursen hat mir ein intensives Interesse für das Konkursrecht und das Konkursverfahren abgewonnen. Das Konkursverfahren der Reichskonkursordnung bezieht sich andererseits auf die Vorschriften der Reichs-Civilprozeßordnung, welche mich ebenfalls seit Jahren beschäftigt hat. Das Zusammentreffen beider Umstände ließ den Versuch zur Kommentirung der Reichskonkursordnung reifen. Das Werk bezweckt wesentlich, den Praktiker in die Kenntniß der K.O. einzuführen. Die Nothwendigkeit der Kommentirung an sich wird durch die knappe Ausdrucksweise des Gesetzes, durch die Verschiedenheit der Civilrechtssysteme, welche ergänzend anwendbar sind, und durch die erforderliche Berücksichtigung der Civilprozeßordnung, welche ohnehin neu ist und nur „entsprechend" anwendbar sein soll, unabweislich. Die anzuerkennende Vortrefflichkeit der Motive erleichtert die Kommentirung in hohem Grade, beseitigt indeß ihre Nothwendigkeit, zumal für den Praktiker, nicht. Neben ausführlichen, für einen Kommentar entbehrlichen, Auseinandersetzungen der Motive de lege ferenda erhalten manche, für den Praktiker wichtige, Fragen des formellen Konkursverfahrens, insbesondere auch in Betreff der entsprechenden Anwendbarkeit der C.P.O., durch die Motive keine genügende Aufklärung und sind ferner auch die Bestimmungen des von den Motiven beleuchteten Entwurfs in den einzelnen Theilen erheblich durch die Reichstagskommission geändert. Der Kommentar bemüht sich, die Tragweite der Vorschriften der K.O. unter umfassender Benutzung ihrer Materialien aufzuklären und die Grenzen für die Anwendbarkeit der K.O. selbst und der ergänzenden bürgerlichen Rechtssysteme festzustellen. Er berücksichtigt hinsichtlich der letzteren das deutsche Reichsrecht, auch das gemeine, sowie das französische Recht, indeß vorwiegend neben dem deutschen Reichsrechte namentlich das preußische Civilrecht in seiner jetzigen praktischen Geltung. Das Werk findet seine Aufgabe jedoch nicht darin, alle verwandten oder angrenzenden Rechtsgebieten angehörigen Fragen, auf welche die Vor-

Digitized by Google

schriften der K.O. einen Einfluß haben, erschöpfend zu behandeln, sondern nur darin, zu erörtern, wieweit die einschlagenden Fragen nach den Grundsätzen der gemeinsamen deutschen K.O. und wieweit sie aus anderen Rechtsquellen und aus welchen zu beantworten sind. In Betreff des K.Verfahrens ist eingehend darauf Rücksicht genommen, wieweit die Vorschriften der C.P.O. unbedingt oder mit Modifikationen, welche aus Zweck und Wesen des Konkurses folgen, Anwendung finden. Die besondere Berücksichtigung der preußischen Konkursordnung vom 8. Mai 1885 war ohnehin schon dadurch geboten, daß die Reichskonkursordnung sich wesentlich an dieselbe anschließt. In Allem war die praktische Anwendung der gegebenen Vorschriften aus den Standpunkten sowohl des Konkursrichters, als auch des Verwalters, des G.Schuldners, der Gläubiger und sonstiger Betheiligten der für die Behandlung wesentlichste Gesichtspunkt.

Eine Kritik der Vorschriften selbst liegt außerhalb des Planes, wenngleich einzelne sich unwillkürlich eindrängende kritische Bemerkungen nicht zurückgehalten sind. Möge in unserer Zeit der gährenden Umgestaltung des Rechts, worin es nicht Jedem Einzelnen möglich ist, selbst alle Rechtsgestaltungen erschöpfend zu durchdringen, das Werk dazu beitragen, die Orientirung zur Anwendung der K.O. zu erleichtern, welche zwar nur in einem beschränkteren Gebiete anwendbar, in diesem aber um so wichtiger ist, als sich überall kollidirende Interessen gegenüberstehen.

Berlin, April 1878.

Der Verfasser.

Digitized by Google

Vorwort zur sechsten Auflage.

Bei dem Unternehmen, das weit verbreitete Werk des verstorbenen Verfassers zu erhalten und zeitgemäß fortzuführen, war es vor Allem unsere Aufgabe, die mit der Einführung der Konkursordnungsnovelle vom 17. Mai 1898 neu eingetretenen Aenderungen der K.O., wie sie in der amtlichen Bekanntmachung des neuen Textes zusammengefaßt sind, zu erläutern und dabei auch den Einfluß klarzustellen, den die Umgestaltung des früher in seiner partikulären Verschiedenheit vorausgesetzten bürgerlichen Rechts im Bürgerlichen Gesetzbuch und dessen Nebengesetzen und ergänzenden Spezialgesetzen auf die K.O. ausgeübt hat. Um den Zusammenhang mit der ursprünglichen Fassung der K.O. zu erhalten, sind deren Paragraphenzahlen den neuen Zahlen in Klammern beigefügt und die Veränderungen des Inhalts überall hervorgehoben.

Daneben durfte eine Nachprüfung aller in dem Kommentar enthaltenen Rechtsauffassungen mit besonderer Berücksichtigung sowohl der neueren Forschungen als auch der Anwendung der Gesetze bei den Gerichten nicht fehlen. Wir hätten sonst ein lebendiges Werk nicht geben können.

Um das zur Erläuterung des Gesetzes Gegebene übersichtlicher zu gestalten, ist der überreiche Stoff vieler Anmerkungen in kleinere Gruppen zerlegt und jedem Paragraphen eine Uebersicht der Anmerkungen beigefügt worden.

Da unvorherzusehende Umstände die Vollendung der neuen Auflage verzögert haben, so ist es uns von Interesse anzugeben, daß die Bogen 1—6 im Mai 1902, 7—12 im September 1902, 13—17 im April 1903, 18—26 im März 1904, 27—32 im September 1904 ausgegeben worden sind. Das als Anhang gegebene Anfechtungsgesetz war bereits gedruckt, als der Kommentar zu diesem Gesetze von Jaeger ausgegeben wurde.

Die Mitwirkung des inzwischen von der Bearbeitung zurückgetretenen Herrn Rechtsanwalts Kühne beschränkt sich auf Buch 1 Titel 2, 6—8 und Buch 2 Titel 8 mit Ausnahme des Nachlaßkonkurses.

Dr. K. Kuribaum. **A. Kuribaum.**

Digitized by Google

Inhalt.

I. Einleitung.

§ 1. Geschichtlicher Rückblick . . . . . Seite 1
§ 2. Geschichte der deutschen Konkursordnung . . . . . „ 4
§ 3. Charakteristik der Konkursordnung . . . . . „ 6
§ 4. Grenzen der Anwendbarkeit der Konkursordnung . . . . . „ 11
§ 5. Zur Auslegung . . . . . „ 15
§ 6. Litteratur . . . . . „ 18

II. Konkursordnung.

Erstes Buch. Konkursrecht . . . . . „ 21
1. Titel. Allgemeine Bestimmungen §§ 1—16 . . . . . „ 23
2. Titel. Erfüllung der Rechtsgeschäfte §§ 17—28 . . . . . „ 92
3. Titel. Anfechtung §§ 29—42 . . . . . „ 128
4. Titel. Aussonderung §§ 43—46 . . . . . „ 196
5. Titel. Absonderung §§ 47—52 . . . . . „ 217
6. Titel. Aufrechnung §§ 53—56 . . . . . „ 239
7. Titel. Massegläubiger §§ 57—60 . . . . . „ 253
8. Titel. Konkursgläubiger §§ 61—70 . . . . . „ 264
Zweites Buch. Konkursverfahren . . . . . „ 289
1. Titel. Allgemeine Bestimmungen §§ 71—101 . . . . . „ 291
2. Titel. Eröffnungsverfahren §§ 102—116 . . . . . „ 328
3. Titel. Theilungsmasse §§ 117—137 . . . . . „ 351
4. Titel. Schuldenmasse §§ 138—148 . . . . . „ 383
5. Titel. Vertheilung §§ 149—172 . . . . . „ 421
6. Titel. Zwangsvergleich §§ 173—201 . . . . . „ 467
7. Titel. Einstellung des Verfahrens §§ 202—206 . . . . . „ 511
8. Titel. Besondere Bestimmungen §§ 207—208 . . . . . „ 518
Zusatz A. Reichsgesetz, betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, vom 20. April 1892 mit den im E.G. z. H.G.B. Artt. 11 u. 13 bestimmten Änderungen, in neuer Fassung veröffentlicht R.G.Bl. 1898 S. 846. §§ 63, 64, 71, 83, 84 „ 522
Zusatz B. Reichsgesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, vom 1. Mai 1889 (in der Fassung der Bekanntmachung v. 20. Mai 1898).
7. Abschnitt. Konkursverfahren und Haftpflicht der Genossen §§ 98—118 . . . . . „ 525
8. Abschnitt. Besondere Bestimmungen.
I. Für Genossenschaften mit unbeschränkter Haftpflicht §§ 119—125 . . . . . „ 536
II. Für Genossenschaften mit unbeschränkter Nachschußpflicht §§ 126—130 . . . . . „ 541
III. Für Genossenschaften mit beschränkter Haftpflicht §§ 135, 140, 141 . . . . . „ 542
8. Titel. Besondere Bestimmungen §§ 209—238 . . . . . „ 543
Drittes Buch. Strafbestimmungen §§ 239—244 . . . . . „ 616

Digitized by Google

III. Einführungsgesetz zur Konkursordnung vom 10. Februar 1877 Seite 639

IV. Einführungsgesetz zu dem Gesetz, betreffend Aenderungen der Konkursordnung . . . . . „ 654

Anhang.

I. **Gesetz**, betreffend die **Anfechtung** von Rechtshandlungen eines Schuldners **außerhalb des Konkursverfahrens**, vom 21. Juli 1879 in der Fassung des Einführungsgesetzes zu dem Gesetze, betr. Aenderungen der Konkursordnung vom 17. Mai 1898, nach der Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 20. Mai 1898 . . . . . „ 659

II. **Preußisches Ausführungsgesetz** vom 6. März 1879 zur Deutschen Konkursordnung vom 10. Februar 1877 . . . . . „ 702

Quellen-Verzeichniß . . . . . „ 715

Sachregister . . . . . „ 724

Digitized by Google

Abkürzungen.

K.O. = Konkursordnung.
A.G. = Anfechtungsgesetz.
E. = Entwurf des Bundesraths, dem Reichstage vorgelegt.
E. I. = Entwurf der Gemeinschuldordnung von 1873.
R.K. = Reichstags-Kommission zur Berathung der Konkursordnung.
R.J.K. = Reichstags-Justiz-Kommission zur Berathung der andern Reichsjustizgesetze.
Prot. = Protokolle der Reichstags-Kommission.
Mot. = Begründung des Entwurfs.
Mot. v. 1873 = Begründung des Entwurfs I.
B.G.B. = Bürgerliches Gesetzbuch.
C.P.O. = Civilprozeßordnung.
Zw.Verst.Ges. = Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung.
F.G. = Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
St.P.O. = Strafprozeßordnung.
G.V. = Gerichtsverfassungsgesetz.
E.G. = Einführungsgesetz.
A.G.B.G.B. = Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
P. = Preußische Konkursordnung von 1855.
K.O.N. = Gesetz vom 17. Mai 1898 (Konkursordnungsnovelle).
R.O.H. = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, von den Räthen des Gerichtshofes herausgegeben.
RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes.
Entsch. oder Obtr. = Entscheidungen des preußischen Ober-Tribunals zu Berlin.
Strieth. = Striethorst Archiv für Rechtsfälle.
H.G.B. = Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich.
St.G. = Deutsches Strafgesetzbuch.
W.O. = Deutsche Wechselordnung.
K.Recht = Konkursrecht.
K.Verfahren = Konkursverfahren.
K.Gläubiger = Konkursgläubiger.
K.Masse = Konkursmasse.
K.Eröffnung = Konkurseröffnung.
K.Verwalter = Konkursverwalter.
G.Schuldner = Gemeinschuldner.
G.Ausschuß = Gläubigerausschuß.
G.Versammlung = Gläubigerversammlung.
A.L.R. = Preuß. Allgemeines Landrecht.
Goltd. = Goltdammer, Kommentar zur preußischen Konkursordnung vom 8. Mai 1855.
Bl.f.R. = Blätter für Rechtspflege im Bezirke des Kammergerichts zu Berlin.

Bemerkung. Die Motive des Entwurfs und die Protokolle der Reichstags-Kommission sind nach den originalen Reichstags-Drucksachen der Session von 1874 Nr. 200 und der Session von 1876 Nr. 4 zitirt, deren Seitenzahlen auch in Hahn's amtlichen „Materialien zu den Reichsjustizgesetzen" angegeben sind; ebenso die Begründung der K.O.N. und der zugehörige Kommissionsbericht nach den Drucksachen der Session von 1897/98 Nr. 100 und 237.

Digitized by Google

Nachträge und Berichtigungen.

S. 14 Z. 10 statt „RG. 1. Sen." ist zu setzen: „RG. 2. Sen."
S. 32 Z. 12 v. u. statt „Nießbrauch" ist zu setzen: „Mißbrauch".
S. 34 Anm. 8 Z. 7 hinter „entzogen ist" einzuschalten:
„Vgl. Anm. 9 zu § 151 und Anm. 3 zu § 1 A.G."
S. 34 Anm. 8 Z. 13 hinter „852" einzuschalten „861 bis 863".
S. 35 Z. 25 v. u. zuzusetzen: „Vgl. jedoch Anm. 9 zu § 151".
S. 37 Z. 24 v. o. „Defloration sanspruch" statt „Deklarationsanspruch".
S. 38 Z. 13 v. u. statt „Rücksicht" ist zu setzen: „Bedeutung" und Z. 12 v. u. statt „maßgebend" zu setzen: „beizulegen".
S. 38 Anm. 14 Z. 6 hinter „fällt" einzuschalten:
„Die Anmeldung der Erfindung begründet ein Recht auf Ertheilung des Patents; dieses Recht unterliegt der Pfändung und gehört danach zur K.Masse; RG. 52, 227.
S. 49 Z. 21 v. u. soll es statt „beizutreiben ist und als" heißen: „beigetrieben ist und der".
S. 55 Z. 22 v. u. ff.:
Die Ansicht, daß der Verwalter Gegenstände des Absonderungsrechts, wenn dieses nicht geltend gemacht wird, ohne Berücksichtigung des Rechtes veräußern dürfe und dafür, auch wenn ihm das Recht bekannt sei, dem Berechtigten nicht persönlich hafte, kann nicht aufrecht erhalten werden. Vgl. Anm. 1 zu § 127 und Anm. 5 zu § 126.
S. 83 Z. 16 zuzusetzen:
„Ueber den Erwerb durch Erbfolge vgl. Vorbem. 18 vor § 214."
S. 86 Z. 20 v. u. ist hinter „gemacht werden" einzuschalten:
„Petersen-Kleinfeller Anm 8 zu § 37".
S. 90 Z. 2 v. o. ist hinter „gepfändet hat" einzuschalten:
„Für den Fall, daß jedem der Miteigenthümer eines mit einem Gebäude versehenen Grundstücks die ausschließliche Benutzung eines Theils des Gebäudes bestimmt ist, hält Art. 131 E.G. z. B.G.B. die Landesgesetze aufrecht, nach denen dem K.Verwalter das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, versagt wird; das in Art. 182 E.G. z. B.G.B. aufrecht erhaltene Stockwerkseigenthum ist kein Miteigenthum nach Bruchtheilen".
S. 96 Z. 4, 5 v. o. ist hinter „oder" an Stelle des Passus: „als Kommittent — statt haben kann" zu setzen:
„er als Kommittent von dem Rechte des § 384 Abs. 3 H.G.B. oder der andere Theil als Kommissionär von dem Rechte des § 400 a. a. O. vor der K.Eröffnung Gebrauch macht, § 17 statt haben kann".
S. 98 Anm. 8 Z. 3 v. u. hinter „verlangen" einzuschalten:
„R.G. 22. 12. 05 J.W. 06 S. 104. Vgl. über einen dabei vorkommenden Irrthum des Verwalters R.G. 22. 12. 05 J.W. 06 S. 105"
und a. E. zuzusetzen:
„Der Gläubiger und der Verwalter können eine Theilerfüllung annehmen, R.G. Urth. 27. 9. 04 J.W. 559".
S. 116 Z. 18 statt „gegeben werden" zu setzen: „gegeben zu werden".

Digitized by Google

S. 119 Anm. 4 d Z. 7 statt „finde" zu setzen: „findet".

S. 121 hinter Z. 18 ist einzuschalten:

„l. Lebensversicherungsverhältnisse erlöschen durch die Eröffnung des Konkurses. Die Versicherten können, unbeschadet ihrer weitergehenden Ansprüche, im Konkurse über das Vermögen des Versicherers denjenigen Betrag fordern, der als rechnungsmäßige Prämienreserve zur Zeit der Konkurseröffnung auf sie fällt. Ges. über die privaten Versicherungsunternehmungen v. 12. Mai 1901 § 61 Abs. 2. Das Gleiche gilt für Kranken- und Unfallversicherungen bei Versicherungsunternehmungen, die nach Art der Lebensversicherung betrieben werden, ebenda §§ 63, 12".

S. 121 Z. 19 statt „l" ist zu setzen: „m".

S. 122 Z. 8 ist hinter „306." einzuschalten:

„Vgl. Pr. A.G. z. B.G.B. Art. 25".

S. 129 Z. 23 u. 22 v. u. sollen lauten:

„ihre Unwirksamkeit erklärt und das den Gläubigern Entzogene zurückgewährt wird, den obligatorischen Anspruch auf diese Rückgewährung kann man ꝛc.".

S. 134 Anm. 5 Z. 12 hinter „92;" einzuschalten: „48, 148." und
Z. 13 hinter „83" einzuschalten: „16. 9. 04 J.W. 559".

S. 138 Anm. 13 Z. 11 statt „Anm. 2" zu setzen: „Anm. 6".

S. 146 Z. 9 v. u. ist hinter „226" einzuschalten:

„Deshalb ist im Falle der Eideszuschiebung der Eid nicht auf die Kenntniß solcher Thatsachen, sondern auf die Kenntniß der Zahlungseinstellung zu richten; **RG. 51**, 412".

S. 157 Z. 9 hinter „Fällen" ist einzuschalten:

„sofern eine Handlung des G.Schuldners in Frage steht,".

S. 161 Z. 7 v. u. ist hinter „entscheiden" einzuschalten:

„(E.G. z. BGB. Art. 33)".

S. 164 hinter Z. 11 ist einzuschalten:

„Im Urtheil **RG.** v. 26. Septbr. 1902 JW. S. 590 ist diese Anwendbarkeit auch für § 31 Nr. 1 und Anfechtungsgesetz § 3 ausgesprochen".

S. 165 Z. 16 ist hinter „franz. R.);" einzuschalten:

„Zahlung fremder Schuld **RG. 51**, 412".

S. 166 Anm. 6 Z. 3 v. u. statt „darstellen." zu setzen:

„darstellen, wenn nämlich der Ehegatte ein Recht auf die Umwandlung nicht hat; **RG. 57**, 81.

S. 179 Anm. 12 Z. 2 statt „Unwirksam" zu setzen: „Unwirksamkeit".

S. 192 Anm. 6 Z. 6 statt „unmittelbaren Anfechtungsgegners ist" zu setzen: „Schuldners ist, **RG. 19**, 202."

S. 195 Z. 11 zuzusetzen:

„Das RG. hat hiervon abweichend entschieden, daß die Frist nur durch Erhebung der Klage gewährt werden könne, weil die etwa gehegte Absicht, hierin das Gesetz zu ändern, in dem Gesetze keinen Ausdruck gefunden habe. Vgl. hierüber A.G. Anm. 7 zu § 1, Anm. 1, 6 zu § 12."

S. 195 Z. 22 v. u. ist hinter „abgesprochen wurde" zuzusetzen:

„Die Ausnahme bezieht sich nicht nur auf den Fall, daß eine Leistung aus der anfechtbaren Handlung gefordert wird, sondern auch auf den weiteren, daß aus einem durch die anfechtbare Handlung begründeten Rechte (Eigenthum, Pfandrecht) ein Anspruch insbesondere der Anspruch auf Herausgabe, erhoben wird. R.G. 22. 12. 05 J.W. 06, 104. Ein früheres Urteil des R.G. 15. 1. 04 J.W. 121 ist im entgegengesetzten Sinne ergangen. Die neuere Meinung erscheint als die richtigere; der Anfechtungsgegner soll nicht dadurch, daß er die Geltendmachung seines, dem K.Verwalter vielleicht unbekannten, Anspruchs hinausschiebt, die Anfechtung vereiteln".

Digitized by Google

S. 199 Anm. 5, am Schluß des ersten Absatzes ist zuzusetzen:

„Hierher gehören auch die Rechte der Ehefrau und der unter elterlicher Gewalt stehenden Kinder auf Freilassung des zur Erfüllung der Unterhaltspflicht des Mannes oder des Inhabers der elterlichen Gewalt erforderlichen Theiles der bereits gezogenen Früchte des eingebrachten Gutes oder des Kindesvermögens, C.P.O. §§ 861, 862."

S. 202 Z. 25 v. o. hinter „eine" ist einzuschalten „mit".

S. 228 Anm. 7, am Schluß des ersten Absatzes ist zuzusetzen:

„Auch bei der Pfändung einer Schiffspart kann ein Pfändungspfandrecht mit einem vertragsmäßigen Pfandrechte zusammentreffen, C.P.O. § 858 Abs. 6."

S. 266. Im Verzeichniß der Anmerkungen einzuschalten:

„27. Rangordnung im Konkurse einer Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit".

S. 273 Anm. 25 Z. 2 statt „läßt, ehe er sein — ausübt" zu setzen: „lassen, ehe sie ihr — ausüben."

S. 273 hinter Anm. 26 einzuschalten:

„27) Im Konkurse einer Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit treten gegen alle anderen Konkursforderungen zurück die Ansprüche aus dem Versicherungsverhältnisse, soweit sie den zur Zeit der K.Eröffnung dem Verein angehörenden, oder den innerhalb des letzten Jahres vor der K.Eröffnung ausgeschiedenen Mitgliedern zustehen, und auch gegen diese Ansprüche die Ansprüche auf Tilgung des Gründungsfonds, zu der auch Nachschüsse (vgl. Anm. 2 a. E. zu § 213) nicht erhoben werden dürfen; Gesetz vom 12. Mai 1901 § 51. Im Uebrigen gilt auch in einem solchen Konkurse die allgemein bestehende Rangordnung."

S. 275 Anm. 2 Abs. 2 Z. 1 statt „vertragsmäßige, gesetzlich, bez. Verzugszinsen" zu setzen: „Vertrag, Gesetz, Verzug."

S. 287 Z. 8 statt „Anm. 2 zu § 134" ist zu setzen: „Anm. 3 zu § 134".

S. 317 Z. 21 v. u. statt „§ 90" ist zu setzen: „§ 99".

S. 329 Anm. 1 Abs. 3 Z. 3, 4 statt „Vermögenskassen" zu setzen: „Vermögensmassen".

S. 364 Anm. 4 Abs. 2 Z. 2, 3 statt „Zw.Vers.Ges." zu setzen: „Zw.Verst.Ges."

S. 368 Anm. 5 Z. 7 statt „muß dieser" zu setzen: „müssen diese" und hinter „RG. einzuschalten 58, 12;".

S. 369 Z. 3 statt „des K.Gläubigers" zu setzen: „der K.Gläubiger".

S. 370 Z. 25 hinter „301" ist einzuschalten: „C.P.O. § 863".

S. 370 Z. 15 v. u. statt „durch § 128 in dem Rechte" ist zu setzen: „gemäß § 128 durch das Recht".

S. 370 Z. 10 v. u. statt „des ebenfalls" ist zu setzen: „das ebenfalls".

S. 402 Z. 10 v. u. statt „133" zu setzen: „145".

S. 403 Z. 1 statt „Rente" zu setzen: „Rate".

S. 408 Z. 21 v. u. statt „Gerichtsstand des Prozeßgerichts" ist zu setzen: „zuständiges Gericht" und am Ende ist das Zeichen „:" zu streichen.

S. 410 Z. 25 ist statt „können" zu setzen: „kann".

S. 411 Anm. 12 Z. 3 hinter „indeß" einzuschalten: „ist".

S. 413 Z. 20 ist statt „Pflicht des Widerspruchs" zu setzen: „Pflicht der Verfolgung des Widerspruchs".

S. 461 Anm. zu § 167 Z. 13 hinter „Verwalter" einzuschalten: „; RG. 11. 11. 95 J.W. 96 S. 34".

S. 513 Anm. 2 Z. 2 v. u. statt „G.Gläubiger" zu setzen: „K.Gläubiger".

S. 516 Z. 4 v. u. die Worte: „6. Gerichtskosten" zu streichen.

S. 538 Z. 2 v. u. statt „Forderung" zu setzen: „Feststellung".

S. 675 Z. 14 zuzusetzen:

„Der in Gruchots Beitr. 49, 1088 enthaltene Abdruck des Urteils v. 8. (5.) Juli 1904 ergiebt, daß das R.G. die Anfechtung der Prämienzahlung nur unter

Digitized by Google

der Voraussetzung zuläßt, daß der Versicherungsnehmer zur Prämienzahlung nicht verpflichtet war; unter dieser Voraussetzung ist die Prämienzahlung allerdings als eine unentgeltliche Zuwendung an den, zu dessen Gunsten die Versicherung genommen ist, anzusehen, unabhängig von der Frage, ob die Zuwendung des Versicherungsanspruchs nicht gleichfalls anfechtbar ist."

Digitized by Google

Einleitung.

§ 1.

Geschichtlicher Rückblick.

(Vgl. außer den Kommentaren: Kohler Konkursrecht 1891; Lothar Seuffert: Zur Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrechts, 1888; Endemann Konkursverf. § 2 und Endemann in Busch-Bierhaus Zeitschr. 12, 24—96; Stobbe, zur Geschichte des älteren deutschen Civilprozesses, 1888; Alexander, Konkursgesetze aller Länder d. Erde, 1892.)

Der altrömische Konkurs war wesentlich ein Exekutionsverfahren, eingeleitet durch eine freiwillige Vermögensabtretung an die Gläubiger, cessio bonorum, mit Befreiung von der Personalexekution und Sicherung der Rechtswohlthat der Kompetenz für späteren Erwerb, oder durch die, von einem Gläubiger beantragte, vom Prätor bewilligte missio in bona, der jeder andere Gläubiger gleichberechtigt beitreten konnte. Das Vermögen wurde von einem, von den Gläubigern gewählten und vom magistratus bestätigten curator verwaltet, und mit Ermächtigung des praetor als ein Ganzes mit den darauf haftenden Pfand- und Hypothekenrechten verkauft. Damit war das Verfahren beendigt. Jeder Gläubiger hatte die Quote seiner Forderung vom emtor bonorum einzuziehen; der Staat wirkte von Amtswegen weder bei der Feststellung der Forderungen, noch bei der Verwaltung oder dem Verkaufe ein.

Im justinianischen Rechte wurde der Verkauf im Einzelnen eingeführt und die Zeit zur Meldung der Gläubiger (2 Jahre für praesentes, 4 Jahre für absentes) beschränkt; unter Präklusion der sich später Meldenden. Vor Ablauf dieser Fristen konnten nur Pfand- und Hypothekengläubiger Pfandstücke veräußern; den Rest hatten sie zur Masse zu gewähren. Eine richterliche Einwirkung fand auch jetzt nur bei Uneinigkeit auf Anrufen statt; die Gläubiger hatten unter sich über Richtigkeit und Vorrechte der Forderungen zu verhandeln; die später Meldenden ihr Recht den früher Immittirten nachzuweisen.

Das ältere deutsche Konkursverfahren war ein Arrestverfahren der Beschlagnahme des Vermögens, welches bei nicht erfolgender Einigung in ein Exekutionsverfahren überging. Denselben Charakter hatte das ältere italienische Recht.

Nach Aufnahme der stillschweigenden und privilegirten Pfandrechte des römischen Rechts bildeten Praxis und Doktrin beeinflußt durch die spanische Jurisprudenz, abweichend von dem römisch-rechtlichen Selbsthilfeverfahren der

Digitized by Google

Gläubiger, seit dem Ende des 17. Jahrhunderts das, vom Gerichte geleitete, gemeinrechtliche Konkursverfahren aus. Der Umstand, daß erst nach Befriedigung der Pfandgläubiger die übrigen Gläubiger für sich freie Disposition erhielten, führte dazu, die Pfandgläubiger zum Verfahren zuzuziehen. Die Praxis fügte noch besondere absolute Vorrechte vor allen Gläubigern hinzu und bildete das bekannte gemeinrechtliche Fünfklassensystem für die Rangordnung der Gläubiger aus. Je komplizirter hierdurch das Verhältniß der Gläubiger wurde, desto weniger schien und wurde es möglich, ohne stetige Hilfe des Gerichts Ordnung zu schaffen. Durch die Hineinziehung der Pfandgläubiger und die partikularrechtlich noch vermehrte Häufung von Vorrechten und stillschweigenden Pfandrechten wurde das Konkursverfahren ein Offizialsystem, worin das Gericht Alles zu bestimmen hatte. Der vom Gerichte als Verwalter bestellte Curator fungirte als Gehülfe des Gerichts nach dessen Anordnung. Die Gläubiger, vom Gerichte convocirt, mußten sich zur Vermeidung definitiver Präklusion melden. Das Gericht erließ zunächst ein Präklusionsurtheil und setzte, nach Instruktion der angemeldeten Forderungen zwischen den einzelnen Gläubigern und dem gerichtsseitig bestellten Kontradictor, in einem Lokations- (Klassifikations-) Urtheile die Verität und Priorität aller Forderungen fest. Bis dahin und bis zur vollständigen Verwerthung der ganzen Masse mußten alle Gläubiger, auch die Pfand- und Hypothekengläubiger, mit ihrer Befriedigung warten. Die Befriedigung erfolgte erst, nachdem das Gericht in einem förmlichen Distributionsbescheide den Antheil eines Jeden ziffermäßig festgestellt hatte.

Den kaufmännischen Bedürfnissen entsprechend hatte sich inzwischen, im Anschlusse an das in Italien schon seit dem 13. Jahrhundert ausgebildete kaufmännische Bankerottrecht, seit dem 16. Jahrhundert in den damals dem Weltverkehr näher getretenen westeuropäischen Staaten, in Italien, Frankreich, England und den Niederlanden ein Fallitenrecht entwickelt, das sich lediglich auf die Konkurse von Kaufleuten bezog, wesentlich auf der Selbsthilfe der Gläubiger beruhte, und ohne gerichtliche Bevormundung eine schnellere Vertheilung der Masse ermöglichte. Für die Entwickelung des deutschen Konkurses wurde dann insbesondere das französische Verfahren folgenreich, theils weil in Folge der napoleonischen Kriege der Westen Deutschlands der französischen Gesetzgebung unterworfen wurde und blieb, theils weil die Reform des preußischen Konkursverfahrens (1855) sich an das französische anschloß. Der napoleonische code de commerce (1807, livre III.) kennt einen Universalkonkurs nur gegen G.Schuldner, die Kaufleute sind. Gegen Nichtkaufleute ist nur ein gewöhnliches Exekutionsverfahren zulässig, dem sich andere Gläubiger anschließen können (code de procéd. civ. Tit. II. Art. 656, Tit. 14 Art. 749 ff.). Der französische Konkurs wurde eine, von den Betheiligten unter gerichtlicher Aufsicht bewirkte, kaufmännische Liquidation. Er vereinfacht das Verfahren, unter größerer Mitwirkung der Gläubiger und läßt Vertheilungen vor dem Abschlusse aller Differenzen und vor der Versilberung der gesammten Masse zu. Unter bedeutender Verringe-

Digitized by Google

rung der Vorrechte sind die stillschweigenden Hypotheken mit Ausnahme einiger gesetzlichen abgeschafft, und alle Hypothekenrechte auf Immobilien beschränkt. Wer seine Zahlungen einstellt, ist im Zustande des Falliments. Die Offizialthätigkeit des (Handels-)Gerichts, das auf Grund der Notorietät selbst von Amtswegen das Falliment eröffnen kann, betrifft namentlich den Beginn und die ersten Stadien des Verfahrens. Das Gericht bestimmt einen Richter-Kommissar (juge commissaire), der — abgesehen von den durch das Gericht zu treffenden Entscheidungen über Streitpunkte nach Einzeln-Verhandlungen — selbständig das Verfahren leitet und beaufsichtigt; und ernennt einen Falliments-Agenten, der die Masse nur zu ermitteln und sicher zu stellen hat. Die vom Kommissar berufenen Gläubiger stellen eine Liste provisorischer Syndiken auf, das Gericht ernennt solche aus der Liste. Die Syndiken haben die Aktivmasse zu verwalten und die Anmeldungen der K.Forderungen anzunehmen, die jedoch vor dem Kommissar von den Gläubigern zu verifiziren und eidesstattlich zu affirmiren sind. Die nach einer gerichtlichen Frist nicht gemeldeten Gläubiger werden präkludirt. Die dann berufenen anerkannten Gläubiger wählen, falls nicht ein Akkord (Konkordat) geschlossen wird, definitive Syndiken und schließen nach Stimmenmehrheit einen Vertrag über die auszuführende Liquidation der Masse (Union). Die Syndiken haben diese zu bewirken; die Masse wird vollständig realisirt. Je nach den Umständen erfolgen Vertheilungen auch vor Verwerthung der gesammten Masse; die Syndiken stellen den Vertheilungsplan auf und zahlen. Das französische Fallimentsgesetz vom 28. Mai 1838 (bis zur jetzigen deutschen K.O. in Elsaß-Lothringen geltend, aber in der preußischen Rheinprovinz, in Rheinhessen und in der Rheinpfalz nicht eingeführt), reformirte mehrfach, kürzte die Fristen ab und verband die beiden ersten Stadien der Agenten und provisorischen Syndiken in ein kurzes vorbereitendes Verfahren; die provisorischen Syndiken werden ohne vorgängige Ernennung von Agenten sofort bestellt. Die Präklusion von Gläubigern ist fortgefallen; die später anmeldenden werden bei neuen Vertheilungen berücksichtigt und erhalten auch die früher gezahlten Dividenden aus der Restmasse, soweit sie reicht. Die Nichtigkeit des Konkordats ist geregelt; in Ermangelung eines Konkordats tritt der Zustand der Union auch ohne daß sie abgeschlossen von Rechtswegen ein.

Hieran knüpfte die preußische Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855, fügte jedoch wesentliche Verbesserungen ein. Sie übernahm aus dem französischen Verfahren die Bestellung eines richterlichen Kommissars, die Unterscheidung zwischen „einstweiligen" und „definitiven Verwaltern", die Beseitigung der Präklusion, die Zulässigkeit von Abschlagsvertheilungen und die Entscheidung der Streitpunkte in einzelnen Prozessen. Sie beschränkt die Vorrechte erheblich und regelt auch in ähnlicher Weise, jedoch mit einigen prinzipiellen Unterschieden den Konkurs der Nichtkaufleute. Ein Gesetz vom 12. März 1869, G.S. S. 465, änderte nur einige Bestimmungen. Neben der Aufnahme der Vortheile des französischen Verfahrens machte die preußische

Digitized by Google

K.O. besonders durch die Beschränkung der Vorrechte und durch ein übersichtliches zur Feststellung der Konkursforderungen unter allseitiger Betheiligung angeordnetes Verfahren einen bedeutenden Fortschritt.

Die Konkursordnung der bayerischen P.O. vom 29. April 1869 folgt dem Vorbilde der preuß. K.O., wenngleich mit wesentlichen Abweichungen. Die K.O. vom 9. Januar 1869 für Oesterreich-Ungarn und das dänische Konkursgesetz vom 25. März 1872 haben sich ebenfalls an die preuß. K.O. von 1855 angeschlossen. Diese ist dann auch die wesentlichste Grundlage unserer deutschen K.O. geworden.

Die neueren Konkurs-Gesetze von England (bankruptcy act. vom 9. August 1869, welche der eignen Thätigkeit der Betheiligten einen größeren Spielraum einräumte und seit 1. Januar 1884 die neue vom 25. August 1883 nebst späteren Gesetzen sind für unsere Konkursordnung einflußlos geblieben.

Die deutsche Konkursordnung fand am 1. Oktober 1879 im deutschen Reiche einen äußerst bunten Zustand von Konkursgesetzgebungen vor, in deren Stelle sie treten sollte. Der Code de commerce galt in der preußischen Rheinprovinz (unter einigen Modifikationen des Ges. vom 9. Mai 1859), in Rheinhessen und in der Rheinpfalz. In Elsaß-Lothringen galt das französische Fallimentsgesetz vom 28. Mai 1838. Im Großherzogthum Baden hatte die P.O. vom 18. Mai 1864 hinsichtlich der materiellen Vorschriften sich wesentlich an das französische Recht angeschlossen, folgte aber für das eigentliche Gant-Verfahren dem gemeinrechtlichen Konkursprozesse. In Hamburg und Bremen galten besondere Systeme namentlich hinsichtlich des Zwangsvergleichs. Außer den erwähnten preuß. und bayer. K.-Ordnungen galten Kodifikationen des gemeinrechtlichen Konkursverfahrens mit einzelnen Besonderheiten noch in mehreren anderen deutschen Staaten, theils auch entweder das Gemeine Recht ohne Kodifikation, oder einzelne Gesetze mit den verschiedensten Bestimmungen namentlich über Vorzugsrechte. Vgl. die Anlage I. zu den Mot. S. 5—78.

§ 2.
Geschichte der deutschen Konkursordnung.

Die insbesondere seit Beginn des siebenten Jahrzehnts des 19. Jahrhunderts in den maßgebenden Kreisen sich kräftiger äußernden Bestrebungen zur Herstellung der deutschen Reichseinheit richteten sich, durch die Bedürfnisse des Verkehrs gedrängt, namentlich auch auf die Konkursgesetzgebung. Das, für den norddeutschen Bund erlassene Gesetz, betreffend die Gewährung der Rechtshilfe, vom 21. Juni 1869, B.G.Bl. S. 305, §§ 13—18, hatte einheitliche Bestimmungen für die zwischen verschiedenen Bundesstaaten eintretenden Beziehungen in den Konkursen, welche in einem der Staaten eröffnet werden, getroffen. Der Bundesrath ersuchte laut Beschluß vom 21. Februar 1870 den Bundeskanzler, „den Entwurf einer einheitlichen K.O. für den norddeutschen Bund ausarbeiten zu lassen". Der Preuß. Justizminister

Digitized by Google

Dr. Leonhardt wurde in Folge dessen ersucht, die Ausarbeitung zu veranlassen. Das Resultat war der, im Preuß. Justizministerium ausgearbeitete, „Entwurf einer deutschen Gemeinschuldordnung" (nebst Motiven, Berlin 1873 bei v. Decker, 2 Bände und ein Anlageband). Er verdankt wesentlich dem Regier.-Rath im Reichs-Justiz-Amt Karl Hagens (jetzt Oberlandesgerichtspräsident in Frankfurt) seine Redaktion und seine eingehende Begründung. Nachdem schon die Bundesverfassung vom 26. Juli 1867 Art. 4 Nr. 13 „die gemeinsame Gesetzgebung für das Obligationsrecht, Strafrecht, Handels- und Wechselrecht und das gerichtliche Verfahren" der Bundesgesetzgebung unterworfen hatte, dehnte nach Errichtung des deutschen Reichs das Reichsgesetz vom 20. Dezember 1873 die Reichsgesetzgebung unter Aufhebung der früheren Beschränkungen auf „das gesammte bürgerliche Recht, das Strafrecht und das gerichtliche Verfahren" aus. In der Sitzung vom 21. Dezember 1873 beschloß der Bundesrath, daß der Entwurf der deutschen Gemeinschuldordnung einer Vorbereitung durch eine besondere, aus acht Juristen und drei Vertretern des Handelsstandes bestehenden Kommission unterzogen werden solle.

Die Kommission berieth vom 16. März bis 31. Juli 1874. In dem von dieser Vorkommission redigirten Entwurfe wurden die Grundprinzipien der „Gemeinschuldordnung" im Wesentlichen beibehalten, die einzelnen Bestimmungen jedoch vielfach geändert. Der Kommissionsentwurf ist dann von dem Bundesrathe noch in einzelnen Punkten geändert.

Der Reichskanzler legte den Bundesraths-Entwurf nebst einer ausführlichen, an die Motive der „Gemeinschuldordnung" sich anschließenden Begründung (ebenfalls von Hagens redigirt) dem Reichstage durch Schreiben vom 21. Januar 1875 und wiederholt am 27. Oktober 1875 zur Berathung vor. Der Reichstag wählte in erster Lesung eine Kommission von 14 Mitgliedern zur Vorberathung.

Als Vertreter des Bundesraths nahmen der preuß. Geh. Ober-Justiz-Rath Hertz, der Kais. Regierungs-Rath Hagens und der bayer. Appellationsrath Dr. Hauser, sowie Anfangs auch der Direktor im Reichskanzleramte Kais. Wirkl. Geh. Ober-Regier.-Rath v. Amsberg an den Berathungen Theil.

Die Kommission berieth unter dem Vorsitze des Staatsraths Dr. von Sarwey vom 11. November 1875 bis 4. Februar 1876 in erster Lesung, und vom 18. bis 26. Mai 1876 in zweiter Lesung. Die Protokolle über ihre Berathungen hat die Kommission drucken lassen. Als im Herbste 1876 die inzwischen von einer andern Reichstags-Justiz-Kommission vorberathenen Reichsjustizgesetze: Civilprozeßordnung, Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz zur zweiten Reichstagslesung im Reichstage vorgelegt wurden, legte die Kommission auch den, aus ihren Berathungen hervorgegangenen Kommissionsentwurf vor. Es sind darin die Grundsätze des Bundesrathsentwurfs im Wesentlichen beibehalten und nur einzelne Bestimmungen geändert. Der Kommissionsentwurf ist dann vom Reichstage in seiner zweiten

Digitized by Google

Lesung am 2. Dezember 1876 und ebenso in der dritten Lesung am 21. Dezember 1876 einstimmig angenommen, unverändert sanktionirt, als Konkursordnung vom 10. Februar 1877 nebst Einführungsgesetz von demselben Tage (R.G.Bl. S. 351—394) publizirt und am 1. Oktober 1879 in Kraft getreten.

Eine erste Aenderung der Konkursordnung brachte das Gesetz vom 9. Mai 1894 (R.G.Bl. S. 439) über das Absonderungsrecht des Vermiethers.

Bei der Ausarbeitung und Berathung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches ist sodann fortwährend beachtet, welche Aenderungen der Konkursordnung durch die neue und einheitliche Ordnung des Bürgerlichen Rechts nothwendig werden würden. Die gedruckten Protokolle der Kommission zweiter Lesung geben darüber Auskunft. Alle nothwendig gewordenen Aenderungen sind in dem Gesetze, betreffend Abänderungen der Konkursordnung, vom 17. Mai 1898 (R.G.Bl. S. 230—248),*) verbunden mit dem gleichzeitigen Einführungsgesetz zu diesem Gesetze (R.G.Bl. S. 248—251), zusammengefaßt. Durch ein weiteres Gesetz vom selben Tage (R.G.Bl. S. 342) wurde der Reichskanzler ermächtigt den Text der Konkursordnung, wie er sich aus den Aenderungen ergiebt, die in dem Abänderungsgesetze vorgesehen sind, unter fortlaufender Nummerfolge der Paragraphen durch das Reichsgesetzblatt bekannt zu machen. Diese Bekanntmachung ist unter dem 20. Mai 1898 erfolgt (R.G.Bl. S. 369, 612—658). Die bekannt gemachte Fassung tritt nach Artikel I des Einführungsgesetzes vom 17. Mai 1898 gleichzeitig mit dem Bürgerlichen Gesetzbuche in Kraft. Ein vorher eröffnetes Konkursverfahren ist nach den bisherigen Vorschriften zu erledigen (Artikel V desselben Gesetzes).

Endlich hat noch das Reichshypothekenbankgesetz vom 13. Juli 1899 (R.G.Bl. S. 375), das gleichzeitig mit dem B.G.B. in Kraft tritt, im § 43 eine Aenderung der im § 17 des E.G. KO. zu Gunsten der Landesgesetzgebungen gemachten Vorbehalte gebracht und in Verbindung damit in den §§ 35, 41, 42 den Pfandbrief- und Schuldverschreibungsgläubigern der Hypothekenbanken das Recht beigelegt, aus den den Pfandbriefen und Schuldverschreibungen zur Grundlage dienenden Hypotheken, Grundschulden, Werthpapieren und Darlehnsforderungen vor allen anderen Konkursgläubigern befriedigt zu werden.

§ 3.

Charakteristik der Konkursordnung.

Das Verhältniß der einzelnen Bestimmungen eines Gesetzgebungswerks kann nur unter stetem Hinblick auf die leitenden Grundgedanken ein vollständiges und fruchtbringendes sein. Von der prinzipiellen Konsequenz der „Gemeinschuldordnung" ist freilich durch die Abänderungen und Zusätze der Vorberathungskommission von 1874, welche der Kürze halber als Vor-

*) Konkursordnungsnovelle: K.O.Nov.

Digitized by Google

kommission (Vork.) bezeichnet werden mag, insbesondere hinsichtlich des Verfahrens mehrfach abgewichen; wie das Leben, so verträgt auch die Gesetzgebung und die Rechtsbildung keine absolute Konsequenz, sondern verlangt die Rücksicht auf die praktischen und humanen Verhältnisse und auf Ausnahmezustände. Indeß hat sich dieser Kommentar nicht zur Aufgabe gestellt, die K.O. zu kritisiren, sondern nur, das Werk zum Verständniß behufs der praktischen Anwendbarkeit zu bringen, wenngleich sich manche kritische Bemerkung zumal mit Rücksicht auf die praktische Anwendung unwillkürlich in die Feder drängt. Immerhin ist durch die zugelassenen Abweichungen das System der „Gemeinschuldordnung" in der K.O. nur in einzelnen Beziehungen geändert; und die K.O. hat im Ganzen einen einheitlichen Charakter behalten, wie kaum ein anderes neueres Gesetzgebungswerk. Es wird daher nöthig, im Grundrisse zunächst die bestimmenden Prinzipien darzulegen, welche bei der Ausführung der einzelnen Gesetzesvorschriften stets gegenwärtig zu halten sind.

Die K.O. behandelt außer den im dritten Buche beigefügten Strafbestimmungen in seinen beiden Haupttheilen, und zwar im ersten Buche das materielle objektive Konkursrecht und im zweiten Buche das Konkursverfahren. In keiner Beziehung mit alleiniger Ausnahme einiger Strafbestimmungen (§ 239 Nr. 3, 4, § 240 Nr. 3, 4), wird hinsichtlich des Konkurses über das Vermögen eines Kaufmanns oder eines Nichtkaufmanns ein Unterschied gemacht. Dem materiellen Konkursrechte liegt das Motiv, welches gesetzgeberisch für die Bestimmung der Rechte leitend gewesen ist, der Gedanke der Gleichberechtigung der Gläubiger auf Befriedigung aus dem Vermögen zu Grunde. Das Unvermögen des Schuldners, seine laufenden Zahlungen zu leisten, und die Kollision der Forderungen gegen ihn begründen im Konkursfalle, um allen Gläubigern gerecht zu werden, das Postulat, daß das zur Zeit vorhandene gesammte Vermögen des Schuldners zur gesetzlich geregelten Vertheilung unter die sämmtlichen vorhandenen Gläubiger und nur unter sie verwendet werde. Diese gerechte Erwartung, das jus paris conditionis, — in den Motiven als „Konkursanspruch" der Gläubiger bezeichnet — soll und kann allerdings nur nach Maaßgabe der einzelnen Vorschriften der K.O. Verwirklichung fordern und erzeugt keinen, unmittelbar auf Realisation jenes Prinzips gerichteten obligatorischen Rechtsanspruch der Interessenten unter einander. Jenes Postulat ist indeß als ein an die Gesetzgebung gerichtetes begründetes Verlangen aufzufassen, dem die K.O. konsequent in ihren Vorschriften zu entsprechen bemüht ist. In diesem Sinne als durchgreifender Grund des Gesetzes ist es in der That bedeutungsvoll. Behufs der Verwendung des Vermögens im gemeinsamen Interesse der Gläubiger wird der Verwalter bestellt. Er versieht, wie auch in der preuß. K.O., die Funktionen des gemeinrechtlichen Kurators und Kontradiktors gleichzeitig. Der G.Schuldner bleibt an sich handlungsfähig und Eigenthümer der K.Masse. Das nach der K.Eröffnung erworbene Vermögen des G.-Schuldners gehört nicht zur K.Masse (§§ 1, 3, 6 ff., 102, 103). Die Gläu-

Digitized by Google

biger bleiben, wenngleich gemeinschaftlich zur Erreichung dieses Zweckes interessirt und verbunden, doch selbständig einzeln berechtigt, ohne eine Gesammtpersönlichkeit zu bilden. Jeder von ihnen sowie auch jeder Dritte ist verpflichtet, den Anspruch aller Gläubiger auf entsprechende Verwendung des Vermögens zu respektiren. Er kann, sobald er durch die im einzelnen Falle ihm nachzuweisende Kenntniß von der Zahlungseinstellung auch schon vor der Konkurseröffnung erfahren hat, daß dieser Anspruch der par conditio durch Zahlungseinstellung begründet ist, nicht noch unter Verletzung des Anspruchs Rechte an das Vermögen des Gemeinschuldners gewinnen. Rechtshandlungen, welche diesen Anspruch verletzen, sind anfechtbar; eine Aufrechnung (Kompensation) kann durch solche Rechtshandlungen nicht begründet werden. Durch die Zeit der Entstehung des Anspruchs, durch die Kenntniß Anderer hiervon und durch den Umfang des Anspruchs werden die Bedingungen und Grenzen der Gültigkeit von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, der Erwerbung besonderer Rechte durch die Gläubiger, der Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen und der Zulässigkeit der Aufrechnung von Gegenforderungen bestimmt (I Tit. 1, 3, 6).

Da das Recht der Gläubiger auf das Vermögen des Gemeinschuldners gerichtet ist, so können als Konkursgläubiger nur solche Gläubiger Theil nehmen, welche zur Zeit der Konkurseröffnung einen in bestimmtem Geldbetrage geltend zu machenden Vermögensanspruch haben, §§ 3, 69. Rechte, welche ein Dritter schon vorher auf einzelne in der Masse befindliche Objekte erworben hatte, sie mögen auf Aussonderung derselben als nicht dem Gemeinschuldner gehörig (für Vindikanten) oder auf Absonderung behufs vorzugsweiser Befriedigung von Gläubigern (für Pfandgläubiger und Gleichberechtigte) gerichtet sein, werden durch den Konkurs nicht berührt. Die Aus- und Absonderungsberechtigten können ihre Rechte unabhängig vom Konkursverfahren und außerhalb dieses Verfahrens geltend machen; sie gehören als solche nicht zu den Konkursgläubigern. Die Absonderungsberechtigten müssen sich jedoch die Verwerthung der Objekte gefallen lassen. Wer hinsichtlich des unbeweglichen Vermögens ein dingliches oder persönliches Recht auf abgesonderte vorzugsweise Befriedigung hat, entscheidet sich nach den betreffenden Reichs- und Landesgesetzen. Hinsichtlich der beweglichen Sachen, Forderungen und anderen Vermögensrechte war jedoch schon durch die K.O. von 1877 (§§ 40 ff. und E.G. §§ 14 ff.) festgestellt, welche Klassen von Gläubigern allein als Faustpfandgläubiger oder Gleichberechtigte ein Recht auf abgesonderte Befriedigung geltend machen können, wobei wesentlich die Rücksicht entscheidend war, daß die Berechtigten ein durch Besitz, allgemeine Erkennbarkeit und Beziehung auf das Absonderungsobjekt unterscheidbares Recht unter positiv bestimmten Voraussetzungen haben müssen. Die gemeinrechtlichen stillschweigenden, vertragsmäßigen und generellen, Hypotheken an Mobilien waren schon danach hierfür wirkungslos.

Die begrifflich abgegrenzten Massenansprüche sind aus der Masse vor Befriedigung der Konkursgläubiger zu berichtigen (I. Tit. 2, 7). Die übrige

Digitized by Google

Masse wird unter den Konkursgläubigern nach dem Verhältnisse der Geldwerthe ihrer Forderungen, wie sie zur Zeit der Konkurseröffnung begründet waren, vertheilt. Nur fünf Klassen von Forderungen haben ein Vorzugsrecht vor anderen Konkursforderungen (§ 61). Der Umfang der Vorrechte ist dadurch gegenüber den Bestimmungen sowohl des gemeinen und des französischen Rechts als auch selbst der preuß. K.O. bedeutend eingeschränkt. Der Ehefrau des Gemeinschuldners ist kein Vorrecht eingeräumt.

Das Konkursverfahren kann, den Bedingungen der Entstehung des Konkursanspruches entsprechend nur eröffnet werden, wenn der Gemeinschuldner seinen fälligen Vermögensverbindlichkeiten nicht genügen kann, „zahlungsunfähig" ist (insbesondere „seine Zahlungen einstellt"), ohne daß eine objektive Vermögensunzulänglichkeit vorhanden zu sein braucht. Die Eröffnung kann nur auf den Antrag des Gemeinschuldners oder eines Gläubigers erfolgen. Als Konkursgericht ist das Amtsgericht, bei dem der Gemeinschuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, ausschließlich zuständig. Alle Entscheidungen des Konkursgerichts können ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen, und sind mit dem Rechtsmittel der „sofortigen Beschwerde" anfechtbar, einzelne Ausnahmen unanfechtbarer Entscheidungen abgerechnet. Die Differenzen über materielle Rechte sind jedoch zur Entscheidung in besonderen Prozessen verwiesen.

Die Organe zur Verwaltung und Vertheilung der Konkursmasse sind der Verwalter, ein Gläubigerausschuß und die Gläubigerversammlung. Die Verwaltung und Verwerthung der Masse ist im Wesentlichen prinzipiell den Gläubigern und als dem in ihrem gemeinsamen Interesse fungirenden Organe dem Verwalter zur Selbstverwaltung übertragen. Der Verwalter muß in bestimmten Fällen die Genehmigung des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung einholen, §§ 133—137. Die Unterscheidung der Funktionen eines einstweiligen und eines definitiven Verwalters ist nicht aufgenommen. Das Prinzip der Selbstverwaltung ist jedoch mehrfach durchbrochen, und dem Gerichte eine immerhin noch bedeutende Mitwirkung eingeräumt.

Zur Feststellung der Forderungen wird durch öffentliche Bekanntmachung eine Frist zur Anmeldung beim Gerichte und ein gerichtlicher allgemeiner Prüfungstermin bestimmt. Sofern nicht der Verwalter oder ein Konkursgläubiger widerspricht, ist die Forderung „festgestellt" und damit stimmberechtigt und zur Theilnahme an Vertheilungen berechtigt. Die Beseitigung eines Widerspruchs müssen die Betheiligten nöthigenfalls durch besondere Prozesse im Rechtswege betreiben. Die in der Anmeldefrist nicht gemeldeten Forderungen sind dadurch nicht präkludirt, und können sich noch später melden, jedoch die bei früheren Vertheilungen bestimmten Prozente nur aus der Restmasse, soweit diese reicht, bekommen. Vertheilungen sollen nach dem allgemeinen Prüfungstermine erfolgen, so oft hinreichende Masse vorhanden ist. Einwendungen gegen das Verzeichniß der vertheilungsberechtigten Forderungen können nur binnen einer Woche nach einer „Aus-

Digitized by Google

schlußfrist" vorgebracht werden; über diese Einwendungen entscheidet das Konkursgericht.

Einem, von dem Gemeinschuldner für die nicht bevorrechtigten Gläubiger vorgeschlagenen Zwangsvergleiche (Akkord) muß sich die Minderheit unterwerfen, wenn auf Berufung der Gläubiger die Mehrheit der im Termine anwesenden Gläubigerpersonen für mindestens drei Viertheile der Gesammtsumme der stimmberechtigten Forderungen dem Vergleiche zustimmt; und wenn das Konkursgericht den Vergleich bestätigt. Das Gericht muß unter bestimmten Voraussetzungen von Amtswegen, oder auf Antrag den Vergleich verwerfen oder nicht zulassen.

Die charakteristischen Unterschiede der K.O. sind unverkennbar. Durch den als mit der Zahlungsunfähigkeit entstehend anerkannten Anspruch der Gläubiger auf entsprechende Vermögensverwendung, der durch die Konkurseröffnung allgemein dokumentirt wird, aber schon vorher durch Zahlungseinstellung entstanden sein kann, ist für das Konkursrecht eine einheitliche Grundlage sowohl für die Konkurseröffnung selbst, als auch für die Gültigkeit und Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen, und für die Erwerbung von Kompensations- und besonderen Rechten gegeben. Von der im Allgemeinen auf gleicher Grundlage beruhenden preuß. Konkursordnung unterscheidet sich außer der Hervorhebung der Rechtsprinzipien an Stelle kasuistischer Bestimmungen die Behandlung dieser Materie noch wesentlich dadurch, daß nicht im Beginne des Konkursverfahrens und nicht ein für allemal endgültig entschieden wird, wann vor der Konkurseröffnung eine Zahlungseinstellung stattgefunden hat, sondern, daß die Erörterung und Entscheidung darüber für den Fall der Anfechtung von Rechtshandlungen oder von Kompensationen unter den Betheiligten im einzelnen Prozesse erfolgt. — Die von der K.O. bestimmte Ausscheidung der Aus- und Absonderungsberechtigten aus dem Konkursverfahren befreit das Verfahren von einer Menge von Verhandlungen, die nur dadurch noch mit der Auseinandersetzung in Verbindung bleiben, daß der Verwalter die Verhandlungen mit den Berechtigten zu erledigen hat und das Resultat von Einfluß auf die Masse ist.

Durch die Ausscheidung der Absonderungsberechtigten und durch die Beschränkung der Vorrechte, sowie durch die Verweisung der Streitpunkte über die Forderungen zur Einzelnentscheidung in Sonderprozessen wird das Konkursverfahren sehr vereinfacht. Das Verfahren in Betreff der Feststellung der Forderungen entspricht dem Vorgange der preuß. K.O.

Hinsichtlich der Verwaltung ist das Maaß der Betheiligung der Gläubiger und auch des Gemeinschuldners ein größeres geworden und die Offizialthätigkeit des Gerichts zurückgedrängt.

Die mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch in Kraft tretenden Aenderungen der Konkursordnung haben die Grundsätze des Verfahrens unberührt gelassen. Sie sind fast ausschließlich durch die Herstellung des neuen und einheitlichen bürgerlichen Rechts veranlaßt und geboten worden.

Digitized by Google

§ 4.

Grenzen der Anwendbarkeit der Konkursordnung.

Die Konkursordnung geht als deutsches Reichsgesetz „im ganzen Umfange des Reichs" (E.G. § 1) den Landesgesetzen in den deutschen Bundesstaaten vor. Art. 2 Reichsverf. Da das „gesammte bürgerliche Recht" nebst dem „gerichtlichen Verfahren" der Reichsgesetzgebung unterliegt (Verf.-Ges. vom 20. Dezember 1873 Art. 4 Nr. 13), so sind die Landesgesetze sowohl hinsichtlich des materiellen (bürgerlichen) Rechts als auch hinsichtlich des Verfahrens für das, durch die K.O. betroffene Rechtsgebiet außer Kraft gesetzt, soweit nicht die K.O. selbst die Landesgesetzgebung in Bezug nimmt oder voraussetzt, was namentlich hinsichtlich der Aus- und Absonderungsberechtigungen (§§ 3, 35, 39 von 1877) sowie der materiellen Begründung aller Forderungen der Fall ist. Dieser Grundsatz ist auch im E.G. § 4 unter ausdrücklicher Ausdehnung auf „gerichtliche, zur Anwendung oder Einleitung eines Konkursverfahrens dienende Stundungs- und Nachlaßverhandlungen" und Moratorien ausgesprochen. Auch künftig hat sich die Landesgesetzgebung auf dem von der Reichsverfassung ergriffenen Gebiete der Thätigkeit zu enthalten, soweit eine solche nicht ausdrücklich der Landesgesetzgebung vorbehalten ist. Vgl. E.G. §§ 5, 7, 8, 12, 13, 17. Durch ein Landesgesetz können reichsgesetzliche Bestimmungen nicht aufgehoben oder abgeändert werden. Negativ gilt dasselbe von der Einführung solcher Konkursvorschriften, welche die K.O. nicht getroffen hat. Durch Landesgesetze kann die Geltendmachung von Ansprüchen im Konkurse oder gegen die Konkursmasse, sei es von Konkursgläubigern, oder die Vertheidigung dagegen nicht von Bedingungen oder Formen abhängig gemacht werden, welche die K.O. nicht vorgeschrieben und dadurch für unnöthig erklärt hat. In Folge der reichsgesetzlichen Ordnung des Bürgerlichen Rechts in dem Bürgerlichen Gesetzbuche und dem Gesetze über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung (R.G.Bl. 1898 S. 713) ist die Bedeutung der Landesgesetzgebung noch mehr zurückgedrängt. Die bestehen gebliebenen Verweisungen auf die Landesgesetze in dem § 52 K.O. und in den §§ 5, 7 des Einf.G. in der Fassung des Gesetzes vom 17. Mai 1898, betreffend die Lehen, Stammgüter und Familienfideikommisse sowie die Landesherren und die Mitglieder der landesherrlichen u. s. w. Familien, entsprechen den Vorbehalten, die in Art. 56—59 des E.G. z. B.G.B. für die Anwendung des B.G.B. gemacht sind. Ebenso sind die in § 17 Nr. 1, 2 des E.G. z. K.O. zu Gunsten des Pfandrechts der Inhaber gewisser Schuldverschreibungen gemachten Vorbehalte den Vorbehalten des E.G. z. B.G.B. gleichwerthig und deshalb durch Art. III des G. v. 17. Mai 1898 über das Konkursrecht hinaus ausgedehnt worden. Auch der im Art. IV des G. v. 17. Mai 1898 gemachte Vorbehalt bezüglich des Konkurses der im § 15 Nr. 3 des E.G. z. C.P. bezeichneten juristischen Personen ist nur eine Folge der Vorschrift dieses E.G. Für diejenigen Gebiete, für die nach der K.O. und dem E.G. die landesgesetzlichen Vorschriften bestim-

Digitized by Google

mend sind oder „unberührt bleiben", sind nicht nur die gegenwärtigen Gesetze aufrecht erhalten, sondern auch die Befugnisse der Landesgesetzgebung, zeitige Bestimmungen zu ändern und neue einzuführen.

Das Konkursverfahren gehört zur „ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit" im Sinne des § 2 E.G. z. G.V. im Gegensatze zur Ausübung der s. g. freiwilligen Gerichtsbarkeit, wenngleich das Verfahren als Ganzes begrifflich nicht ein Prozeß, sondern ein der s. g. freiwilligen Gerichtsbarkeit zuzurechnendes Verwaltungsverfahren ist. Vgl. Vorbem. II vor Buch I. Zu den „Prozeßordnungen", die im G.V. (§§ 24, 161) bezogen und vorausgesetzt sind und auf die das G.V. Anwendung findet, gehört außer der C.P. und St.P. auch die K.O. In früheren Entwürfen des G.V. war dies in einem besonderen Paragraphen gesagt; man fand es dann aber genügend, in den Motiven des G.V. S. 215 es auszusprechen. Ebenso setzt das G.V. § 204 seine Anwendbarkeit auf den Konkurs voraus. In diesem Sinne ist auch von den Vertretern des Bundesraths (Hagens und v. Amsberg) bei der Berathung des G.V. der Umfang der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit erläutert. Prot. z. G.V. S. 71. Demgemäß sind die Bestimmungen des G.V. für die Anwendung der K.O. anwendbar und ist in dieser Beziehung auch keine Ausnahme angeordnet.

Für alle deutschen Gerichte, für alle Gläubiger, Schuldner und sonstige Betheiligte, die der Reichsgesetzgebung unterworfen sind, gelten kraft ihrer die Bestimmungen der K.O. gleichmäßig, ohne Unterschied, ob der Konkurs im eigenen Staate des Betheiligten oder in einem andern Bundesstaate des deutschen Reiches eröffnet ist. Kraft der Justizhoheit des deutschen Reiches und der reichsverfassungsmäßig und reichsgesetzlich begrenzten Justizhoheit des Staates ist grundsätzlich ein Jeder im deutschen Reiche sich Aufhaltende der richterlichen Gewalt innerhalb ihrer Zuständigkeit unterworfen, ohne Rücksicht darauf, ob er sich persönlich unterwerfen will. Auf diesem Grundgedanken beruhen das G.V. und die Reichsprozeßordnungen einschließlich der K.O. Der Gerichtsstand ist für das ganze Reich gleichmäßig mit unbedingter Wirksamkeit für jeden Betheiligten geregelt. Gebote und Ladungen vor ein deutsches Gericht sind von Allen zu befolgen. Es bedarf keiner Anweisung eines persönlichen Gerichts, einem andern Gerichte Folge zu leisten. Diese Anweisung hat kraft der Reichsgesetzgebung das Gesetz für alle Fälle innerhalb der Zuständigkeitsschranken gegeben. Ausnahmen kommen nur in Betracht, soweit das Gesetz sie bestimmt. Vgl. die Bestimmungen über Exemtionen im G.V. §§ 18—21. In Kraft geblieben und auch für den Konkurs erheblich (vgl. R.O.H. Bd. 25 S. 303) ist der Grundsatz des § 19 des Rechtshülfegesetzes v. 21. Juni 1869, B.G.Bl. S. 305: „Ist eine bürgerliche Rechtsstreitigkeii in einem Bundesstaate rechtshängig geworden oder rechtskräftig entschieden, so kann die Rechtshängigkeit oder die Rechtskraft vor jedem Gerichte desselben oder eines anderen Bundesstaates geltend gemacht werden." Während hierdurch das Verhältniß der einzelnen Personen zu allen deutschen Gerichten sich bestimmt, ist zugleich durch die Reichsgesetz-

Digitized by Google

gebung das Verhältniß der deutschen Gerichte zu einander ein unmittelbares geworden. Das Reichsgericht (G.V. §§ 125 ff.) übt seine Thätigkeit kraft der Justizhoheit des deutschen Reiches, ebenso die Landesgerichte im Reichslande Elsaß-Lothringen im Namen des Reiches, alle andern deutschen Gerichte kraft der Justizhoheit der einzelnen Bundesstaaten (G.V. § 15). Zu der, ihre Justizhoheit mit umfassenden, Staatsverfassung jedes Bundesstaates gehören zunächst auch die Zugehörigkeit des Bundesstaates zum deutschen Reiche und die Reichsverfassung, und damit (Art. 2) auch die Geltung der Reichsgesetzgebung. Durch diese und insbesondere durch das G.V. hat die Justizhoheit des einzelnen Staates in zweifacher Weise einen theils einschränkend, theils ausdehnend modifizirenden allgemein-deutschen Charakter erhalten, indem das Reichsgericht kraft der Reichsgewalt als höchstes Gericht thätig ist, und indem die andern Gerichte zwar kraft der Staatsgewalt der Einzelstaaten, aber zugleich in Folge des gemeinsam-deutschen Charakters der Staaten als deutsche Gerichte und als der Reichsgesetzgebung unterworfen wirken. Das Bundesgesetz vom 21. Juni 1869 (B.G.Bl. S. 305), das die Aufgabe hatte, die Schranken der Gerichtsgewalt zu beseitigen, und das in den §§ 13—18 namentlich für die Hilfeleistung der Gerichte und für deren Zuständigkeit betreffs des Konkursverfahrens besondere Bestimmungen gegeben hatte, ist durch die Allgemeingeltung der Reichsgesetzgebung für das Rechtsgebiet des G.V. und der Reichsprozeßordnungen einschließlich der K.O. theils unnöthig geworden, theils durch die Vorschriften des G.V. §§ 157—169 ersetzt. Die §§ 13—18 des Ges. vom 21. Juni 1869 sind deshalb durch § 3 Nr. 2 E.G. z. K.O. für das Konkursverfahren ausdrücklich aufgehoben. Für das K.Verfahren gelten daher hinsichtlich des Verhältnisses der ordentlichen Gerichte zu einander die Vorschriften des G.V. §§ 157—169. Diese Bestimmungen sind für das K.Verfahren insbesondere dann anwendbar, wenn es sich um Ermittelungen und Vernehmungen in einem anderen Gerichtsbezirke handelt, § 75.

Sofern Betheiligte (Verwalter, Gläubiger oder Dritte) die Bethätigung eines andern Gerichts in Anspruch nehmen können und wollen, haben sie sich an dieses selbständig zu wenden.

Für das Verhältniß zum Auslande, d. h. zu Staaten, die nicht zum deutschen Reiche gehören, kommen zunächst die vom Reiche oder von einzelnen Bundesstaaten geschlossenen Verträge zur Anwendung; sie sind durch die Reichsjustizgesetzgebung nicht berührt. Mot. 463; Mot. z. C.P. 403; Mot. z. G.V. 214; Mot. z. St.P. 256. Vgl. Uebereinkommen zw. Preußen und Oesterreich Anm. 1 zu § 237. (Mit England, Frankreich, Rußland, Italien u. s. w. sind von Preußen keine Verträge hinsichtlich der Konkursbehandlung geschlossen.) Die internationalrechtliche Frage der Wirkung des Konkurses im Verhältnisse des Inlandes zum Auslande, soweit darüber nicht durch Staatsverträge bestimmt ist, ist sehr bestritten. Es fragte sich, ob in Folge einer Universalität des Konkurses alle Rechtsfolgen einer Konkurseröffnung, wie sie am Konkursgerichte gelten, allgemein im In- und Auslande maßgebend

Digitized by Google

sind, oder ob in Anwendung des Territorialprinzips das Konkursverfahren als prozeßrechtliches Verfahren seine Wirkung nur auf die Exekutionssphäre des eignen Staates beschränkt. Abgesehen von Ausnahmen, welche beide Systeme als geboten anerkennen, nehmen die Motive S. 456 ff. an, daß die K.O. den „freieren internationalen Standpunkt" der Universalität nicht nur in den §§ 5, 50, 56, K.O., sondern auch sonst in seinen Konsequenzen im Allgemeinen anerkenne, also die Wirkung des ausländischen Konkurses auf das inländische Vermögen und die inländischen Gläubigerverhältnisse, und daß davon § 237 K.O. nur eine Beschränkung und § 238 nur eine scheinbare Ausnahme statuire. So auch RG. 1. Sen. 14, 424; 16, 61. Indeß man muß mit RG. 1. Sen. 14, 406 ff. anerkennen, daß dies in der K.O. keine Anerkennung gefunden hat und daß im Gegentheil die §§ 237, 238 von dem Territorialprinzip ausgehen und der Einfluß ausländischer Konkurse auf die einheimische Rechtsverfolgung und ein inländisches Prozeß- oder Konkursverfahren nicht anerkennen, daß nach den richtigen internationalen Grundsätzen die Schranken, die ein ausländisches Konkursverfahren der Rechtsverfolgung gegen den Gemeinschuldner setzt, als nur prozeßrechtlich im deutschen Reiche nicht zu beachten sind und namentlich die Handlungs- und Prozeßfähigkeit des Gemeinschuldners durch eine auswärtige Konkurseröffnung nicht berührt wird. Vgl. Anm. 2 § 237; Kohler S. 603 ff., 623 ff.; v. Bar internat. Privatr. 2, § 499; Kuhlenbeck J.W. 1895 S. 317 ff.; Jitta, codification du droit international de la faillite, La Haye, 1895. Vereinbar ist damit, daß, soweit im Inlande kein Konkurs-, Prozeß- oder Exekutions-Verfahren anhängig ist, auch dem ausländischen Konkurs-Curator die Hineinziehung inländischer Vermögensgegenstände in den dortigen Konkurs gestattet werden könnte, sowie der inländische Konkursverwalter auch das im Auslande befindliche Vermögen zur Konkursmasse ziehen kann, sofern dies thatsächlich zu erreichen ist.

Die hiervon verschiedene Frage, nach welchem Rechte, ausländischem oder inländischem, bezw. lokalen, die innerhalb des Konkurses geltend zu machenden Privatrechte (Erwerb von Eigenthum, Entstehung und Umfang obligatorischer Rechte u. s. w.) zu beurtheilen sind, ist nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechts im Einzelnen zu beantworten, vgl. Vorbem. 1 vor dem ersten Buche und Anm. zu § 5.

Für die Konsular-Gerichtsbarkeit gelten die Vorschriften der K.O. mit gewissen Modifikationen (vgl. Ges. über die Konsulargerichtsbarkeit vom 7. April 1900. R.G.Bl. S. 213, insbes. §§ 7 Nr. 1, 19 Nr. 1, 47). Hinsichtlich der deutschen Schutzgebiete vgl. R.Ges. 17. April 1886, R.G.Bl. 75, geändert durch G. 15. März 1888, R.G.Bl. 71; neu veröffentlicht durch Bek. 19. März 1888, R.G.Bl. 75; R.Ges. 3. Juli 1899, R.G.Bl. 366.

Hinsichtlich des Ersuchens um Rechtshandlungen im Auslande finden die Vorschriften der C.P. §§ 199 ff., 202, 363 ff., 789, 791 gemäß K.O. § 72 entsprechende Anwendung. Vgl. Rönne, Ergänz. z. A.G.O. 3, 206 ff.

Digitized by Google

§ 5.
Zur Auslegung.

1. Ungeachtet vielfacher Differenzen, die sich über Einzelheiten und über Folgerungen und aus den Grundsätzen ergeben, muß man die K.O. im Wesentlichen als auf konsequent durchgeführten Grundsätzen harmonisch zusammengefügt, in der Anordnung des Stoffes übersichtlich, in der Sprache größentheils bestimmt, genau und übereinstimmend anerkennen. Andererseits ist die Ausdrucksweise für die gesetzgeberischen Gedanken in einem seltenen Maaße knapp; sie läßt nur bei der sorgfältigsten Vergleichung der einzelnen Bestimmungen und bei eingehender Würdigung jedes Wortes die Tragweite dessen erkennen, was in den Sätzen wirklich ausgesprochen ist, ganz abgesehen zunächst von der Frage, was nach der Absicht der Konzipienten ausgesprochen werden sollte. Dies ist um so bedeutsamer, als unzweifelhaft jedes Gesetzgebungswerk nur den Anspruch erheben kann, blos soweit zu gelten, wie es sich ausdrückt und die richtigste Interpretationsquelle in sich selbst finden muß. Die Grundlage der Auslegung der K.O. aus sich selbst ist um so sorgsamer inne zu halten, als die gedrängte Ausdrucksweise eine absichtliche ist. Mit wie großer Sorgfalt das Verhältniß der einzelnen Bestimmungen zu einander, die Anordnung des Stoffes und jeder einzelne Ausdruck des Gesetzes abgewogen ist, zeigen die vortrefflichen Vorarbeiten; die Motive der „Gemeinschuldordnung" und der K.O., sowie die Protokolle der Reichstagskommission (R.K.). Demnach ist für die Interpretation durchgehends davon auszugehen, daß Ausdrucksweise, Wortfassung, Folgeordnung und Stellung im Systeme nirgends bedeutungslos sind. Die Gewinnung des Verständnisses der K.O. aus ihr selbst ist um so wichtiger, als sie nicht für ein einheitliches System des bürgerlichen Rechts gegeben war, sondern alle im deutschen Reiche geltenden Rechtssysteme als neben ihr bestehend für die materiellen Rechte voraussetzte. Die Ausdrucksweise ist daher nicht aus einem einzelnen Rechtssysteme zu interpretiren.

2. Nächst der K.O. selbst sind zu ihrer Auslegung die gleichzeitigen Reichsjustizgesetze: C.P., St.P. und G.V. von entscheidender Bedeutung. Der Entwurf der K.O. und schon der Entwurf der Gemeinschuldordnung sind mit steter Bezugnahme insbesondere auf die C.P. und deren Entwürfe ausgearbeitet; für das Verfahren findet die C.P. entsprechende Anwendung und sind deren Bestimmungen in Bezug genommen und vorausgesetzt. Die C.P. bildet dadurch, selbst abgesehen von ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit auf die durch den Konkurs veranlaßten Spezialprozesse, eine nothwendige Ergänzung der K.O. und ist hinsichtlich der Vorschriften, die für das Verfahren im Konkurse die C.P. theils unverändert theils verändert anwenden, wesentlich aus dieser zu erläutern. Allen Reichsjustizgesetzen ist dieselbe Terminologie gemeinsam und sie wird dadurch von besonderer Wichtigkeit. Der Entwurf der K.O. hatte bereits die technische Sprache der C.P. angenommen und ist in dieser Beziehung unverändert geblieben.

Digitized by Google

3. Das wichtigste Hilfsmittel zur Erläuterung ist die „Begründung des Entwurfs einer K.O.", welche mit dem Bundesrathsentwurf der K.O. dem Reichstage im Jahre 1875 vorgelegt worden ist. Der Kürze halber ist diese Begründung im Kommentar stets mit dem Ausdrucke: „Mot." bezeichnet. Im Ganzen decken sich die Mot. mit dem Inhalte des Gesetzes selbst und sind auch bei den Berathungen der Reichstags-Kommission von den Vertretern des Bundesraths in gleicher Weise wiedergegeben. Sie geben eine bedeutsame Erläuterung des Gesetzes, die durch den Zusammenhang und die Wechselbeziehung der einzelnen Bestimmungen bestätigt wird. Diese Erläuterung ist gerade für die K.O. um so fruchtbarer, als die Mot. an sich von hervorragender wissenschaftlicher Bedeutung in der reichhaltigsten Weise jeden Ausdruck und die Bedeutung der Beziehungen begleitend, die gedrängte Sprache des Gesetzes wirksam beleuchten. Je mehr aber der knappe Ausdruck des Gesetzes die Ausbeute der reichen Mot. wünschenswerth und verführerisch macht, um so mehr erheischt ihre Benutzung die größte Vorsicht und eine stetig begleitende Kritik. Bei der Vorlegung der Entwürfe zur C.P., zur St.P. und zum G.V. mit den ihnen beigegebenen Mot. hatte der Justizminister Dr. Leonhardt bemerkt: die Motive seien nicht vom Bundesrathe in allen einzelnen Beziehungen genehmigt. Auch die Mot. zur K.O. sind unzweifelhaft weder ein Theil des Gesetzes, noch eine unbedingt authentische Deklaration für jede einzelne Bestimmung. Unbedingt kann nicht etwas als Gesetz ausgelegt werden, was in den Mot. als beabsichtigt angegeben ist, im Gesetze jedoch keinen Ausdruck gefunden hat. Insoweit ist die Kritik nicht nur erlaubt, sondern auch geboten. Unleugbar ist nun Manches von dem, was in den Mot. als Inhalt des Gesetzes bezeichnet oder vorausgesetzt ist, in der That im Gesetze selbst weder im Wortausdrucke, noch im geistigen Zusammenhange, soweit er im Gesetze ausgesprochen ist, enthalten, theils in Betreff der Aufnahme in das Gesetz wenigstens sehr bestreitbar. Zu unterscheiden bleiben auch die Ausführungen der Mot. über dasjenige, was de lege ferenda als wünschenswerthe oder abzulehnende allgemeine Vorschrift aufgestellt ist, von dem, was in den Mot. als wirklicher Inhalt des Gesetzes proklamirt ist. Unter allen Umständen ist zu betonen, daß die Motive nicht Gesetz sind und daß es der freien wissenschaftlichen Erörterung überlassen bleiben muß, die in der K.O. nach Geist und Wort wirklich ausgedrückte Tragweite der Vorschriften festzustellen.

Für die Benutzung der Mot. ist zu beachten, daß die Zahl und Folge der Paragraphen der K.O. von 1877 und des Entw. zur K.O. (bis auf eine Umstellung der §§ 123—125) identisch geblieben sind, daß jedoch die in Bezug genommenen Paragraphen der C.P. in den Mot. nach dem Bundesrathsentwurfe der C.P. von 1874 zitirt sind.

Auch die „Motive zu dem Entw. einer deutschen Gemeinschuldordnung" von 1873 (als Mot. von 1873 im Werke bezeichnet) sind von Wichtigkeit. Sie sind zwar, soweit die Vorschriften der Gemeinschuldordnung im Entw. der K.O. sachlich aufrecht erhalten sind, wörtlich in den Inhalt der „Be-

Digitized by Google

gründung" aufgenommen. Indeß bleibt die Vergleichung mit den Mot. der „Begründung" namentlich zur Feststellung der Tragweite und Bedeutung der Abweichungen des Bundesrathsentwurfs — der in diesem Werke als Entw. oder E. angezogen ist — von dem Entw. von 1873 (E. I.) lehrreich.

4. Ein ferneres Hilfsmittel zur Erläuterung bilden die gedruckten Protokolle (Prot.) der Reichstagskommission (R.K.) von 1875 und 1876, sowohl durch die darin enthaltenen Erklärungen der Vertreter des Bundesraths, als auch durch die Erörterung der Gründe, aus denen einzelne Grundsätze oder Bestimmungen beibehalten oder abgeändert sind, sowie der Tragweite der Vorschriften. Freilich ist nicht jeder Aeußerung eines Kommissionsmitgliedes eine maßgebende Auslegungsbedeutung zuzuschreiben, und nicht jede doktrinäre Ansicht eines Bundesrathsvertreters hat als solche Gesetzeskraft. Indeß verdient es für die Berathung der K.O. in der R.K. besondere Beachtung, daß die Vertretung des Bundesraths dem Geh. Ober-Justizrath Hertz und dem Geh. Ober-Regier.-Rath Hagens oblag, die an sämmtlichen Sitzungen der R.K. ausnahmslos Theil nahmen, und daß zugleich Hertz als Mitglied der Vork. einen hervorragenden Antheil an der Feststellung des Entwurfs der K.O. hatte und Hagens durch seine fortgesetzte eminente Betheiligung in sämmtlichen Stadien der Vorbereitung bei den Entwürfen der Gemeinschuldordnung und der K.O., den Motiven zu beiden, sowie als Schriftführer der Vork. am innigsten mit dem ganzen Werke, Zusammenhang, Zweck und Gründen der Vorschriften vertraut war. Die Protokolle geben daher im Ganzen ein sicheres Bild, in welcher Bedeutung die Vorschriften von denen verstanden sind, die am unmittelbarsten für die endgültige Feststellung der gesetzgeberischen Gedanken wirksam waren.

In einzelnen Fällen hat die R.K. ausdrücklich zu Protokoll festgestellt, welche Bedeutung sie theils ihren Beschlüssen, theils dem Inhalte der Vorschriften beigemessen hat. Diese Feststellungen haben dadurch zwar selbstverständlich keine legislative Kraft, soweit ihnen im Gesetze selbst nicht ein entsprechender Ausdruck gegeben wäre. Sie sind (gegen v. Sarwey Einl. zu III.) nicht „von dem Reichstage und den verbündeten Regierungen durch die Annahme der Gesetze gebilligt." Eine autoritative Kraft behalten immer nur die Gesetze selbst als der allein von der gesetzgebenden Gewalt beschlossene legislatorische Willensausdruck. Die Feststellungen sind jedoch zur Erläuterung des Verständnisses in der vorbemerkten Bedeutung besonders zu beachten. (Derartige Feststellungen sind erfolgt zu den §§ 25, 43, 54, 69, 127, 129, 132, 136, 172. Prot. S. 202, 172, 58, 87, 88, 108, 109.)

5. Eine weitere Beachtung verdienen die bisherigen Konkursgesetzgebungen, in deren Stelle die K.O. anwendbar geworden ist, und deren Vorschriften auch da, wo sie nicht aufrecht erhalten geblieben sind, zum Verständniß durch Vergleichung beitragen. Eine eingehende sorgfältige Uebersicht der, in den verschiedenen Gebieten des deutschen Reichs geltenden, Konkursvorschriften ist als Anlage I. sowohl den Motiven der Gemeinschuldordnung als auch der „Begründung" der K.O. beigegeben.

Digitized by Google

Vorwiegend sind unter den bisher geltenden Konkursvorschriften die französische Konkursgesetzgebung und noch mehr die im Anschlusse hieran erlassene preußische K.O. vom 8. Mai 1855 erheblich. Wie die Mot. hervorheben und der gesammte Inhalt der K.O. und ihrer Mot. bestätigt, hat sich das Gesetzgebungswerk besonders an die preuß. K.O. angeschlossen. In den Mot. sind die Abweichungen von der preuß. K.O. (in diesem Werke der Kürze halber mit P. bezeichnet) und selbst Abweichungen der Wortfassung eingehend besprochen. Es werden daher auch die mit Rücksicht auf die preuß. K.O. erlassenen Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts (mit R.O.H. zitirt), sowie des preußischen Obertribunals (wovon das amtliche Werk mit Obtr. und Striethorst's Archiv mit Strieth. bezeichnet sind) von erheblicher Bedeutung.

6. Die Verhandlungen der Vork. von 1874, welche das Mittelglied zwischen dem Entwurfe der Gemeinschuldordnung von 1873 und dem Bundesrathsentwurfe von 1875 bilden, sind nicht besonders gedruckt. Sie ergeben sich jedoch im Wesentlichen aus der Vergleichung der Mot. der G.Schuldordnung von 1873 (E. I.) und der Mot. des Bundesrathsentwurfs (E.), unter Berücksichtigung der vom Bundesrathe vorgenommenen Aenderungen, von denen die „wichtigsten" in den Mot. S. 4 bezeichnet sind und auch die sonstigen dort nicht angegebenen Aenderungen in die Bestimmungen des Kommissionsentwurfs „nirgends tiefer eingreifen." Mot. 4.

7. Für die Auslegung der neu eingefügten Theile der K.O. ist zunächst das unter 1 und 2 Gesagte zu berücksichtigen. Sodann kommen auch hierfür die Gesetzesmaterialien in betracht, das heißt der Entwurf des Gesetzes, die Begründung dazu (Begr. zu K.O.Nov.), die Plenarberathung und der Kommissionsbericht des Reichstags.

Schließlich aber ist nicht zu vergessen, daß die neuen Theile durchweg der Neubildung des bürgerlichen Rechts ihre Entstehung verdanken. Die Aenderungen der K.O. sind nicht für sich allein, sondern in Verbindung mit dem B.G.B. berathen und entworfen. Dies tritt erkennbar in den Protokollen beider Lesungen des B.G.B. hervor (die der ersten Lesung sind nicht gedruckt). Das B.G.B. selbst und seine Protokolle zur zweiten Lesung (Pr. z. B.G.B.) sind also für die Erkenntniß der K.O. in ihrer neuen Gestalt wichtige Auslegungsmittel.

§ 6.

Litteratur.

1. Kommentare.

Hullmann: Konkursordnung 1879.
Meisner: Deutsche Konkursordnung 1881.
Meves: desgl. 1881.
Petersen und Kleinfeller: desgl. 3. Aufl. 1892. 4. Aufl. 1900.
v. Sarwey: desgl. 3. Aufl., bearbeitet von Bossert 1895. 4. Aufl. 1900.
Stieglitz: desgl. 1879.

Digitized by Google

v. Völderndorff: desgl. 2. Aufl. 1885.
Wengler: desgl. 1879.
Willenbücher: desgl. 1885.
Jaeger: desgl. 1899/1901.
Meyer: desgl. 1899.
Wolff: desgl. 1900.

2. Systematische Bearbeitungen.

Dernburg: Lehrbuch des preuß. Privatrechts 5. Aufl.
Eccius: Theorie und Praxis des preuß. Privatrechts 6. und 7. Aufl. Bd. 1 §§ 115 ff.
Endemann: Das deutsche Konkursverfahren 1889.
Fitting: Reichskonkursrecht und Konkursverfahren 2. Aufl.
Fuchs: Der deutsche Konkursprozeß 1877.
König: Konkursverf. nach der R.K.O. 2. Aufl. 1879.
Kohler: Lehrbuch des Konkursrechts 1891; Leitfaden des Konkursrechts für Studirende 1893.
v. Mandry: Der civilrechtl. Inhalt der Reichsgesetze 4. Aufl., besorgt von Geib 1898.
Oetker: Fr. = Konkursrechtliche Fragen 1888.
Oetker: Bgr. I = Konkursrechtliche Grundbegriffe Bd. 1 1891.
Rintelen: Konkursrecht 1890.
A. S. Schultze: Das deutsche Konkursrecht in seinen jurist. Grundlagen 1880.
L. Seuffert: Zur Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrechts I. Theil 1888.
L. Seuffert: Deutsches Konkursprozeßrecht. 1899.
Planck: Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts Bd. 1 1887, Bd. 2. 1891.
Wach: Handbuch des deutschen Civilprozeßrechts Bd. 1 1885.

3. Entscheidungen und Zeitschriften.

Bad. Annalen = Annalen der badischen Gerichte.
Blätter f. Rechtsanwendung, zunächst in Bayern.
Bl.f.R. = Blätter für Rechtspflege im Bezirke des Kammergerichts.
Busch = Zeitschrift für deutschen Civilprozeß, begründet von Busch, herausgegeben von M. Schultzenstein und F. Vierhaus.
Civ.Arch. = Archiv für civilistische Praxis.
Entsch. oder Obtr. = Entscheidungen des preuß. Obertribunals.
RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.
RG.Str. = desgl. in Strafsachen.
R.O.H. = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Goldschmidt = Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht.
Grünhut = Zeitschr. f. d. Privat- u. öffentl. Recht.
J.W. = Juristische Wochenschrift, Organ des deutschen Anwaltvereins.
J.Z. = Deutsche Juristen-Zeitung.

Digitized by Google

Krit.V. = Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
R.K. oder Rass.K. = Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot, herausgegeben von Rassow, Küntzel und Eccius.
Sächs.Arch. — Sächsisches Archiv für bürgerl. Recht und Prozeß, herausgegeben von Hoffmann und Wulfert.
Seuffert Arch. = J. A. Seuffert's Archiv für die Entscheid. der obersten Gerichtshöfe, herausgegeben von Schütt.
Strieth. = Striethorst's Archiv für die Entscheidungen des preuß. Obertribunals.
Thür.Bl. = Blätter für Rechtspflege in Thüringen.
Wallmann = Deutsche Juristenzeitung.
Wengler Arch.N.F. = Archiv für civilrechtl. Entscheid., herausgegeben von Wengler.
Württemb. Arch. für Recht und Rechtsverwaltung.
Württ. Jahrb. = Jahrbücher der Württ. Rechtspflege, herausgegeben von Mitgliedern des O.L.G. zu Stuttgart und des Vorstandes der württ. Anwaltskammer.

Monographien sind bei den betreffenden Abschnitten erwähnt.

Digitized by Google

Konkursordnung.

Erstes Buch.
Konkursrecht.

1. Formeller und materieller Konkurs.
2. Scheidung des K.Rechts und -Verfahrens vom Rechte und Verfahren außerhalb des K.
3. K.Recht im Gegensatz zum K.Verfahren.
4. Anwendung des sonstigen Civilrechts.
5. Kollision verschiedener Rechtssysteme.

1. Von der K.O. wird lediglich der durch eine förmliche Konkurseröffnung festgestellte, bez. festzustellende Konkurszustand eines Schuldners, welcher seine Schuldverbindlichkeit gegen seine Gläubiger nicht erfüllen kann, behandelt, **formeller Konkurs.** Ausgeschieden bleiben die Rechtsverhältnisse und das Verfahren hinsichtlich eines thatsächlich insolventen Schuldners, dessen Konkurszustand als solcher nicht durch Konkurseröffnung erklärt wird, s. g. **materieller Konkurs.**

2. Die **Scheidung des Konkursrechts und Konkursverfahrens vom anderweiten materiellen Rechte** und vom Verfahren außerhalb des K.Verfahrens hatte bei dem Erlaß der K.O. von 1877 eine besondere praktische Bedeutung dadurch, daß nach § 4 E.G. die Landesgesetzgebungen über Konkursrecht und Konkursverfahren aufgehoben wurden, soweit sie nicht in der K.O. besonders aufrecht erhalten blieben (vgl. Einl. § 4), wogegen das bürgerliche Recht außerhalb des K.Rechts und jedes Verfahren außerhalb des K.Verfahrens von der K.O. überhaupt nicht berührt wurden. Nach dem Erlaß des B.G.B. wird die Scheidung immer noch durch die praktischen Gründe gerechtfertigt, die auch für das Verfahren der Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung von Grundstücken dazu geführt haben, die Vorschriften materiellen Rechts mit den Vorschriften des Verfahrens in einem Gesetze zu verbinden. Die Trennung würde die Uebersicht der so wesentlich zusammenhängenden Vorschriften erschweren.

3. Das erste Buch (§§ 1—70) behandelt das materielle **„Konkursrecht"**; das zweite Buch (§§ 71—238) das **„Konkursverfahren"**.

Begrifflich umfaßt das materielle Recht (in objektiver Bedeutung) die Grundsätze über Entstehung, Aufhebung, Veränderung und Inhalt der subjektiven Rechte, und im Gegensatze hierzu begreift das Verfahren die Grundsätze über die Formen, in denen das subjektive Recht zur Geltung zu bringen ist. Das materielle Konkursrecht bestimmt also die Bedingungen, unter denen die Betheiligten die Feststellung oder Aufhebung des Konkurszustandes zu verlangen berechtigt sind, sowie die rechtlichen Folgen, die der Konkurszustand für die Rechtsverhältnisse des Konkursschuldners und seines Vermögens zu seinen Gläubigern, seinen Schuldnern und zu Dritten wirkt. Das K.Verfahren ist die Regelung der Bethätigungen, die seitens der Betheiligten nöthig oder möglich sind, um denen, die auf das Konkursvermögen Ansprüche haben oder erheben, gerecht zu werden.

Das materielle Konkursrecht umfaßt zunächst die Voraussetzungen des Konkurses und der Konkursaufhebung, den Umfang und Inhalt der Theilnahmerechte der Gläubiger und die Wirkungen des Konkurszustandes auf die materiellen Rechtsverhältnisse der Einzelnen. Zu diesem unmittelbar civilrechtlichen materiellen Rechtsgebiete gehören die

Digitized by Google

Vorschriften über den Umfang der Konkursmasse, über die Betheiligung und Nichtbetheiligung von Gläubigern, Aussonderungs- und Absonderungsberechtigten (§§ 43—52), über die Modifikationen bestehender Rechtsverhältnisse durch den Konkurs, insbesondere bezüglich der Erfüllung (§§ 17—26, 63—70), der Anfechtbarkeit (§§ 29—42), der Kompensation (§§ 53—56), der Rangordnung (§§ 61, 62). Vorbedingung auch für diesen Theil des materiellen Konkursrechts, wie für die Anwendbarkeit der K.O. überhaupt ist die Konkurseröffnung. Außerdem wird als Wirkung des K.Verfahrens (dadurch vermittelt) materielles Konkursrecht theils dadurch begründet, daß die vom Verfahren berührten Rechtsverhältnisse geändert werden, theils durch das Verfahren neu geschaffen. Dahin gehören das Vertretungs-, Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Konkursverwalters (§ 6 Abs. 2, § 36) und die Einwirkung seines Verhältnisses auf die Theilungs- und die Schuldenmasse, die Wirkungen der Anmeldung, der Feststellung, der Vertheilungen, des Zwangsvergleichs, der sonstigen Konkursaufhebung, und zwar diese Wirkungen hinsichtlich der Rechte und Pflichten des G.Schuldners, der verschiedenen Kategorien von Gläubigern und des Konkursverwalters sowohl in Betreff ihrer Betheiligung an der Masse während des Konkurses als auch für die Zeit nach einem K.Verfahren. Vgl. Mot. 468; Schultze S. 138—140.

Die beiden Haupttheile der K.O. enthalten die Vorschriften über das materielle Konkursrecht und über das K.Verfahren nicht in der vorstehenden begrifflichen Unterscheidung streng gesondert. Im Großen ist im ersten Buche „Konkursrecht" (§§ 1—70) das oben als unmittelbares bezeichnete materielle Rechtsgebiet behandelt; im zweiten Buche (§§ 71 bis 238) das K.Verfahren und die durch dasselbe vermittelten materiellen Rechtswirkungen. Indeß die Sonderung ist keine strenge und kann es nicht sein. Die K.Eröffnung, deren Voraussetzungen das zweite Buch bestimmt, ist Voraussetzung für das Konkursrecht, wie auch sogleich im § 1 die Festsetzungen des Buches über Konkursrecht damit beginnen, welches Vermögen vom K.Verfahren umfaßt wird. Das „Konkursrecht" des ersten Buches ist wieder Voraussetzung und Inhalt des „Konkurs-Verfahrens".

Die Nothwendigkeit einer Unterscheidung des materiellen und des formalen Rechts ist zum großen Theile dadurch beseitigt, daß die Verletzung jeder gesetzlichen Vorschrift gleichgewichtig ist und daher die Verletzung jeder Vorschrift des materiellen und des formellen Rechts gleiche Wirksamkeit hat. § 2 E.G. z. K.O.; § 12 E.G. z. C.P.; § 7 E.G. z. Str.P.; C.P. § 550; Mot. z. C.P. S. 318 ff., 482, 483.

Indeß behält die Unterscheidung ihre praktische Bedeutung, weil das materielle Konkursrecht nicht nur bei der Geltendmachung im Konkursverfahren, sondern auch außerhalb dieses Verfahrens in gewöhnlichen Prozessen oder in einem anderweiten Verfahren, sofern ein Konkursfall vorliegt, wirksam ist, die Vorschriften über das K.Verfahren aber weder unmittelbar noch analog außerhalb des K.Verfahrens selbst anwendbar sind. Sofern es in dieser Beziehung zweifelhaft werden könnte, welche Vorschriften materiell-rechtliche sind, würde dies nach dem obenbemerkten begrifflichen Unterschiede zu bestimmen sein.

4. Für die Frage, in wieweit neben dem materiellen Konkursrecht das **sonstige materielle Recht**, insbesondere das Landescivilrecht **anwendbar** ist, bleibt der Grundsatz des Art. 2 Reichsverf. maßgebend, daß, insoweit die K.O. positiv oder negirend, ausdrücklich oder als Folge ihrer Vorschriften Bestimmungen getroffen hat, diese als Reichsrecht der Landesgesetzgebung vorgehen und letztere daran auch später nichts ändern kann. Einl. § 4. Doch wird diese Frage durch die allgemeine Aufhebung des Landescivilrechts, die mit dem Inkrafttreten des B.G.B. eintritt, sehr zurückgedrängt. Soweit die K.O. materielle Rechtsverhältnisse oder Rechtsbegriffe voraussetzt, ohne sie selbst entweder direkt zu bestimmen oder eine aus der K.O. hervorgehende, für alle Rechtssysteme gemeinsame Bedeutung damit zu verbinden, entscheidet das sonstige Civilrecht. Wieweit dies der Fall ist, bleibt bei den einzelnen Fragen näher zu erörtern.

5. Ueber die **Kollision verschiedener örtlicher Rechtssysteme** unter sich und mit dem Konkursrechte ist im Allgemeinen zu beachten: Soweit es sich um die Wirkung des Konkurses auf Ansprüche einschließlich der Vindikations- und Absonderungs- (Pfand-) Ansprüche handelt, ist die K.O. durchgreifend, sofern irgendwo im deutschen Reiche der Kon-

Digitized by Google

kurs eröffnet ist. Dagegen bleibt jedes außerhalb des K.Schuldrechts und K.Verfahrens stehende Recht von den Wirkungen der K.Eröffnung unberührt (Mot. v. 1873 S. 38). Für die Entscheidung der Frage, ob und welche Rechte Jemand vor der K.Eröffnung erworben hat, und ob und wieweit ein Dritter rechts- und handlungsfähig ist, ist dasjenige bürgerliche Recht anwendbar, das auch dann zur Anwendung kommen würde, wenn kein K.-Verfahren eröffnet wäre. Die Fragen dagegen, in welchem Umfange und in welcher Weise die erworbenen Rechte hinsichtlich der Masse geltend gemacht werden können oder durch die K.Eröffnung beschränkt oder geändert (in Entschädigungsansprüche umgewandelt) werden, welche Gegenstände und Rechte zur K.Masse gehören oder durch Rechte auf Absonderung gewonnen werden können, sind nach der K.O., dem Rechte des Konkursgerichts als des Sitzes für das durch die K.Eröffnung unter den Betheiligten eintretende Rechtsverhältniß zu entscheiden (vgl. Obtr. 38, 1 ff., Savigny System Bd. 8 S. 282—285, 294, 27—29); ebenso die Frage, wie weit der G.Schuldner oder der K.Verwalter in Folge der K.Eröffnung berechtigt und legitimirt ist. R.O.H. 14, 345, vgl. Einl. § 4; Mot. 456, 457; Anm. 19—22 zu § 1 u. Anm. 2 zu § 237. Für die Absonderungsberechtigung hinsichtlich des unbeweglichen Vermögens gelten nach § 47 die leges rei sitae. Ob Jemand einen Anspruch auf Aussonderung hat, ist „nach den außerhalb des K.Verfahrens geltenden Gesetzen" zu bestimmen, § 43. Soweit jedoch in §§ 44—46 Abweichungen angeordnet sind, findet die K.O. Anwendung.

Erster Titel.

Allgemeine Bestimmungen.

1. Konkursanspruch.
2. Verhältniß der Gläubiger zum G.Schuldner und der Gläubiger unter einander.
3. Rechtsstellung des Verwalters.

1. Das materielle Konkursrecht der K.O. beruht auf der Entwickelung des Gedankens des **Anspruchs**, welcher für die Gläubiger mit der Zahlungsunfähigkeit ihres Schuldners auf gleichberechtigte Befriedigung aus dessen Vermögensmasse entsteht. Die legislatorisch beabsichtigte Grundlage der K.O. für die dann eintretenden Rechtsverhältnisse der Betheiligten bezeichnen die Mot. 14, 15 dahin:

„Wenn ein Schuldner sich außer Stande erweist, alle seine Gläubiger vollständig zu befriedigen, so muß das Gesetz die Gläubiger davor schützen, daß die Befriedigung, die ein Jeder zu fordern hat, nicht beeinträchtigt werde durch eine Verschleuderung des Vermögens seitens des Schuldners, durch den Hinzutritt neuer Schulden, durch das Vorgreifen oder die Begünstigung einzelner Gläubiger. Das Zahlungsunvermögen des Schuldners und die Kollision der gegen ihn bestehenden Forderungen erzeugt für jeden Gläubiger den rechtlichen Anspruch, daß nunmehr das gesammte Vermögen zur gesetzlich geregelten Vertheilung unter die sämmtlich vorhandenen Gläubiger und nur unter sie verwendet werde. Dieser Anspruch, allen Gläubigern gemeinsam und den Konkurs begründend, soll durch die Eröffnung und Durchführung des Verfahrens verwirklicht werden; man kann ihn, zur Unterscheidung von dem objektiven Konkursrechte, den **Konkursanspruch** nennen. Was der G.Schuldner vorgenommen hat, seitdem das Bestehen des Anspruchs durch richterliche Entscheidung festgestellt ist, entbehrt jeder Wirksamkeit gegen die Gläubiger. Was er vorgenommen hat vorher, aber in Verletzung des bestandenen Konkursanspruchs, unterliegt der Anfechtung." Diese allgemeine Rechtsgrundlage der K.O. wird durch die Einzelbestimmungen des Gesetzes, als in der That demselben als legislatorisches Motiv zu Grunde liegend, bestätigt, wenngleich man die Bezeichnung: „Konkursanspruch" und dessen Charakter als eines unmittelbar auf Realisation gerichteten obligatorischen Rechts der Betheiligten allerdings beanstanden muß. Sowohl die materiellen Rechtsbestimmungen, als die formelle Gestaltung des Verfahrens sind auf der Grundlage der Gleichberechtigung der Gläubiger auf Befriedigung im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners aufgebaut. Folgen dieser Grundlage sind das Recht

Digitized by Google

der Gläubiger auf Konkurseröffnung; das Verhältniß der Gläubiger zu einander und zum Schuldner, die Verfügungsbeschränkung des G.Schuldners hinsichtlich der Aktivmasse zu Gunsten des Konkurszwecks, und alle hieraus wieder resultirenden Folgen, die Unwirksamkeit seiner späteren Rechtshandlungen, die Anfechtbarkeit einzelner früherer Rechtshandlungen, die Grundsätze über Aussonderungs- und Absonderungsansprüche und über Kompensationen im Konkurse, die Stellung des K.Verwalters zu den Gläubigern und die Grundsätze über die Feststellung und die Konkursberücksichtigung der K.Forderungen.

Die K.O. beschränkt sich jedoch auf die Anordnung anwendbarer Grundsätze und vermeidet jede dogmatische Definition. Sie bezeichnet das Wesen des Konkurses nur durch die Angabe seines Zweckes, § 3 und gewährt praktisch die Organe und Mittel zu dessen Erreichung durch die einzelnen Vorschriften und ihr Verhältniß zu einander. So wichtig daher auch die Zurückführung der Gestaltung des K.Rechts und des K.Verfahrens auf die legislatorische Grundlage der par conditio, des sog. Konkursanspruchs der Motive ist, so besteht diese Grundlage doch auch nur als gesetzgeberische Grundidee, welcher das Gesetzgebungswerk im Ganzen hat entsprechen sollen und wollen. Der K.Anspruch ist kein konkretes, unmittelbar auf seine Erfüllung gerichtetes obligatorisches Recht, wie Schultze Grundl. ein solches konstruirt, vgl. dagegen Oetker 1, S. 125, überhaupt nicht selbst schon ein privatrechtlicher Anspruch und nicht anders als lediglich nach den Vorschriften der K.O. zu verwirklichen. Es wird zur Vermeidung von Mißverständnissen und falschen Konsequenzen immerhin zweckmäßig sein, den Ausdruck: Konkursanspruch zu vermeiden, vgl. Mandry-Geib § 28 Anm. 46, Endemann S. 53. Die, von Oetker (konk. Fr. S. 53 u. Begr. 1, S. 172 ff., 184 ff., 190 ff) hervorgehobene, an sich theoretisch zulässige, Unterscheidung eines Konkursanspruchs der Gläubiger als des Anspruchs darauf, daß Konkurs sei oder eröffnet werde und des Konkurstheilnahmeanspruchs d. h. des Rechtes auf Befriedigung und Mitbestimmung des Befriedigungsverfahrens dürfte auf allgemeine Annahme der Ausdrücke in diesem Sinne ebensowenig rechnen dürfen. So lange der bisher vielfach in anderer Bedeutung gebrauchte Ausdruck „Konkursanspruch" nicht allgemein im Oetker'schen Sinne angewendet wird, wird man ihm stets die Bezeichnung „im Oetker'schen Sinne" beifügen müssen, wenn man nicht mißverstanden werden will. Vgl. Bierhaus, Busch 14, 284.

2. Das rechtliche **Verhältniß der Gläubiger zum G.Schuldner und unter einander** nach der K.O. beruht auf dem Gedanken, daß jeder Gläubiger sein Gläubigerrecht behält, ohne neue dingliche Rechte am Vermögen des G.Schuldners zu erlangen, sich aber für die Verwirklichung seines Rechts auf Befriedigung Beschränkungen und Aenderungen gefallen lassen muß, die aus dem gleichen Befriedigungsrecht der anderen folgen. Die früher herrschende Auffassung, die von der römischen cessio bonorum ausgehend, eine Universalsuccession der Gläubiger in das Eigenthum des Vermögens des G.Schuldners bez. eine datio in solutum annahm, ist für die K.O. unanwendbar. Der G.Schuldner bleibt Eigenthümer, §§ 3, 6. Auch die von der römischen missio in bona ausgehende, mehrfach in deutsche Gesetzgebungen (auch in die preuß. Allg. Ger.Ord. 1, 50) übergegangene Auffassung, daß die Gläubiger ein allgemeines dingliches Pfandrecht am Gesammtvermögen erhielten, ist von der K.O. nicht angenommen, Mot. 15, 16. Die K.O. giebt den Gläubigern kein dingliches Recht am Vermögen des G.Schuldners, was für diese Frage entscheidend ist; die allgemeine Beschlagnahme des Vermögens als Folge der Konkurseröffnung zu Gunsten des K.Zweckes für die Gläubiger, §§ 3, 6, 117, konstituirt kein Pfandrecht für die Gläubiger (RG. 19, 62); die Befugnisse der Gläubiger sind anders normirt, als aus dem Begriffe eines vom G.Schuldner freiwillig oder zwangsweise konstituirten Pfandrechts folgen würde; sie widersprechen vielmehr einer solchen Grundlage. Die Erfüllung des K.Zwecks, daß über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen des G.Schuldners zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller K.Gläubiger verfügt wird, kann jeder Gläubiger als Einzelner ohne dingliche Rechte an der Masse erwarten und erstreben. A.M. Canstein, Konstr. d. Konkursrechtsverf.; Hellmann, Lehrb. d. Civilpr. S. 967; Kohler in Busch 12, 123 und in Konkursr. §§ 22 ff., S. 99 ff.: ein dem Pfandrecht verwandtes

Digitized by Google

„Beschlagsrecht"; Seuffert, Gesch. u. Dogm. S. 81 ff.; vgl. dagegen Endemann in Busch 12, 517—537; Oetker 1, 129 und in Busch 14, 1—51; Petersen in Sächs. Arch. 1, S. 1 ff., in Raff.K. 34, 777—791 und in Busch 11, 178—189.

Die K.O. hat auch nicht eine „Gläubigerschaft" als Rechtssubjekt und Personengesammtheit mit einem für sie bestehenden Sondervermögen eines Verwaltungs- und Verfügungsrechts am Vermögen des Schuldners konstituirt (so Canstein a. a. O.); auch nicht die Konkursmasse als ein besonderes Rechtssubjekt oder als einen selbständigen den Gläubigern gehörigen oder von ihnen verwalteten Vermögensinbegriff hergestellt, sondern läßt das Vermögen des Schuldners mit der K.Eröffnung als *seine* Konkursmasse dem K.Zwecke dienen. Das Verhältniß der einzelnen Gläubiger zu einander ist nicht das einer „zufälligen Gemeinschaft (communio incidens) oder überhaupt einer rechtlichen Gemeinschaft, wie die Mot. S. 18 wollen; eine solche setzt ein gemeinschaftliches Sacheigenthum oder dingliches Recht oder ein gemeinschaftliches Forderungsrecht voraus. Der Konkurs begründet vielmehr nur eine Interessengemeinschaft, in der die Gläubiger als Einzelne ihre Rechte auf Befriedigung und die hierfür ihnen beigelegten Befugnisse geltend machen und auch Befugnisse, die ihnen gleichmäßig beigelegt sind, in einer der formalen, prozessualen Streitgenossenschaft analogen Verbindung ausüben. Schultze S. 12—21; Sarwey-Bossert Anm. 4 zu § 3; Fitting § 5 Anm. 17; Hellmann S. 966; Mandry-Geib § 28 Anm. 46; Pet.-Kleinf. S. 24, 25. Jaeger A. 43; A.M. Stieglitz S. 26; Völderndorff 1, 37 ff.; Kohler § 62: eine Gemeinschaft ohne Persönlichkeit mit veränderlichen Betheiligungsraten"; Dernburg 2, § 114: communio incidens.

3. Die **rechtliche Stellung des Verwalters** ist in der K.O. nicht ausdrücklich präzisirt; nach den Mot. 16 sollte dies der Wissenschaft überlassen werden, nachdem die Mot. v. 1873 S. 15, 16, 186 den Verwalter als Vertreter des Gemeinschuldners im Konkurse bezeichnet hatten und in den betreffenden Bestimmungen keine wesentlichen Aenderungen zwischen dem Entw. I von 1873 und der K.O. erfolgt sind. Die juristische Konstruktion der Stellung ist praktisch wichtig zur Entscheidung der nicht direkt durch das Gesetz entschiedenen Fälle für das Verhältniß des Verwalters zum G.Schuldner, zu den Gläubigern und zu Dritten (betr. Gewährleistung, Entschädigung, Verschuldung); zur Feststellung, wer civilrechtlich in den Rechtsgeschäften des Verwalters das Rechtssubjekt ist und wer prozessualisch in einem von dem Verwalter oder gegen ihn geführten Prozesse die „Partei" ist (C.P.O. §§ 51, 52, 383, 445, 473, 767, 770). Die Frage ist sehr bestritten.

a. Die meisten Schriftsteller erklären den *Verwalter als Vertreter des G.Schuldners*; Petersen-Kleinfeller Anm. III zu § 5; Petersen in Busch 9, 1—68; 10, 30; 17, 178 ff; in Raff.K. 34, 777 ff. u. 36, 133; in Sächs. Arch. 1, S. 1 ff.; (v. Sarwey Aufl. 2 Anm. 4 zu § 5, anders seit Aufl. 3); Wengler S. 92; Willenbücher Aufl. 1 S. 18, anders in Aufl. 2 S. 27; Endemann S. 423; Fitting § 5 Anm. 8, 10 und § 17 zu 1; Fuchs S. 103; Mandry-Geib § 50 S. 551 ff.; Schollmeyer Zwischenstr. 1, S. 97; Voß civ. Arch. 71, 285; Wolff Absond.R. § 29, Anm. 1 S. 154 ff.; Fuchs Raff.K. 38, 241 ff., 262 ff., 548 ff. (Stellvertreter, nicht gesetzlicher Vertreter im Sinne des § 51 C.P.O.); Jaeger Anm. 10 zu § 6, früher auch Eccius 5. Aufl. 1, § 116, Anm. 26. — Von einigen Schriftstellern wird der *Verwalter als Vertreter der Gläubiger* angesehen, Canstein, Grünhut 9, 465 ff.; Kohler Lehrb. S. 399 ff.; Hellmann 968, 973 u. Krit.V. 27, 240; L. Seuffert S. 81 ff.; von Andern *als Vertreter sowohl des G.Schuldners als auch der Gläubiger*, Dernburg 2, § 115; Korn, Anfecht. S. 28 ff.; Stieglitz, Anm. 4 zu § 5; wieder von Andern hinsichtlich der Anfechtungen als Vertreter der Gläubiger und im Uebrigen als Vertreter des G.Schuldners, Wach 1, S. 543 ff., 589 ff.; Schultze S. 36—39; Cosack Anf. S. 234; Grützmann Anf. S. 204, 212; Otto Anf. S. 155, 156. — Als *„Stellvertreter des, durch die K.Eröffnung der Disposition des G.Schuldners entzogenen und zu einem durch den ihm gesetzlich zugewiesenen Zwecke der Befriedigung der Gläubiger selbständig gewordenen Vermögens"* konstruirt Völderndorff 1, S. 40, 41, den Verwalter; Eccius, von seiner früheren Auffassung abweichend (vgl. Raff. 33, 730 u. 34, 147) jetzt Bd. 1, § 116, A. 26 u. Raff. 36, 897

Digitized by Google

bezeichnet den Verwalter als Vertreter eines vom Gesetze fingirten neuen, von der Person des Richters, wie des G.Schuldners verschiedenen Subjekts, der vom Gesetze gewollten, zum bestimmten Zwecke ohne Einwirkung des G.Schuldners „subjektlos" zu führenden Verwaltung. — Das RG., — welches früher den Verwalter als Vertreter des G.Schuldner bezeichnet hat, 3. Sen. Bd. 6, S. 408 u. 14. Dec. 1886, J.W. 1887 S. 41; 4. Sen. 10. Nov. 1890, J.W. 1891 S. 11, indeß in anderen Entscheidungen die Vernehmung des G.Schuldners als Zeugen nach C.P.O. § 358 N. 4 statthaft erklärte, weil er nicht Vertreter des G.Schuldners sei, 1. Sen. 8, 413; 14, 408; und den Verwalter für die Widerspruchsklage des § 690 C.P.O. als „Dritten" ansah, weil er dabei die Gesammtheit der Gläubiger vertrete, 6. Sen. 18, 394, vgl. 27. Okt. 1883, J.W. 1884 S. 48; 16. Febr. 1891, J.W. 179, Raff.K. 35, 1166, — hat nunmehr (5. Sen. Bd. 29 S. 29; RG.Str. 28. Sept. 1894, J.W 601) eine Vertretung des Verwalters für den G.Schuldner oder für die Gläubiger oder für die Konkursmasse ablehnend, den Verwalter als ein im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ für die Durchführung des K.Zwecks erklärt, welches seine Legitimation zur Ausübung der ihm übertragenen Funktionen unmittelbar aus dem Gesetze entnimmt. Entsprechend sehen auch Fischer Pr. Privatr. § 136 und in Busch 10, 436; Oetker 1, S. 51, 112, 314 ff.; Stegemann in Busch 17, 348 ff., 358 ff., 372 ff.; Thiele Civ. Arch. 82, 30 u. Raff.K. 39, 601; jetzt auch Sarwey-Bossert Anm. 5 zu § 6 die Thätigkeit des Verwalters als ein Amt an, welches er ohne ein anderes Rechtssubjekt zu vertreten, ausübe, und kraft dessen er in seinen Prozessen, die er im Interesse der Konkursmasse führe, selbsteigne Partei sei.

b. Die Ansicht zunächst, daß der Verwalter nur ein Amt habe und für dessen Ausübung selbst Rechtssubjekt, Partei und Prozeßsubjekt sei, ohne ein anderes Rechtssubjekt zu vertreten, wird der Rechtstellung des Verwalters nicht vollständig gerecht. Der Begriff eines Amts ist vereinbar damit, daß der Amtsträger ein anderes Rechtssubjekt vertritt; vielmehr handelt auch der im öffentlichen Interesse bestellte Beamte, soweit er nach außen, Andern gegenüber, kraft seines Amts thätig ist, an Stelle und im Namen des Staats oder einer Gemeinde oder Korporation und vertritt sie also, soweit er dazu in Ausübung seines Amts berufen ist. Das Amt des Verwalters besteht eben darin, daß er die ihm als solchen übertragenen Rechte und Pflichten hinsichtlich der Konkursmasse an Stelle und im Namen Anderer, und jedenfalls nicht für sich selbst in seinen Rechtsgeschäften und Prozessen auszuüben hat; wie er selbst auch nicht Eigenthümer der ihm unterstellten Vermögensmasse ist. So wie (mit Petersen, Busch 18, 1—64) als Partei und Prozeßsubjekt nur derjenige anzusehen ist, an dessen Stelle und für dessen Rechnung und Namen ein Prozeß geführt wird, und der von der Rechtskraft der Entscheidungen und von der Kostenpflicht betroffen wird, nicht auch derjenige, der kraft Vollmacht oder gesetzlicher Bestallung (Amt, Bestallung als Güterpfleger, Nachlaßcurator, Liquidator u. s. w.) für Andere thätig ist und für Andere Erfolge erzielt oder erleidet, so ist auch ausgeschlossen, daß das Amt dem Amtsträger eine Qualität als selbsteignes Rechtssubjekt für seine Rechtsgeschäfte, Rechtshandlungen und Prozesse verleiht. Vgl. auch Fuchs, Raff.K. 28, 585 ff.

c. Ebensowenig kann eine Vertretung des Verwalters für die Konkursmasse und die K.Massenverwaltung als ein selbständiges Rechtssubjekt oder für die Gläubigerschaft als Rechtssubjekt angenommen werden, da nach dem schon in Anm. 2 Bemerkten die K.O. weder die Konkursmasse noch die Gläubigerschaft als besonderes Rechtssubjekt personifizirt, vielmehr die K.Masse nur Vermögensobjekt ist, Vermögen des G.Schuldners bleibt und auch nicht auf eine Gläubigerschaft übergeht.

d. Auch als Stellvertreter der Gläubiger überhaupt kann der Verwalter nicht erachtet werden. Weder die K.Masse, welche er zu verwalten hat, noch ein Verwaltungs- und Verfügungsrecht darüber geht auf die Gläubiger über, noch ist ihnen dadurch, daß der K.Zweck ihre Befriedigung aus der Masse ist, ein eigenes Recht an der Masse eingeräumt. Dadurch, daß der Verwalter für die Interessen der Gläubiger thätig sein muß, — was mehr oder weniger auch bei jeder Güterverwaltung stattfindet, — ist noch nicht gegeben, daß er ihr Stellvertreter ist; vielmehr sind den Gläubigern selbst in der K.O.

Digitized by Google

die Befugnisse gegeben, einzeln bezw. durch den Gläubiger-Ausschuß und die Gläubigerversammlung ihre Rechte zu vertreten. Auch die Aufsicht, die den Gläubigern hinsichtlich der Verwaltung eingeräumt ist, setzt eine Rechtstellung als Stellvertreter nicht voraus. Die Mitbetheiligung der Gläubiger ist keine Mitverwaltung, sondern die Verfügungsbefugniß verbleibt dem Verwalter auch gegen ihren Einspruch und sie können seine Erklärungen und Handlungen nicht durch ihren Willen unwirksam machen, § 136. Die Befugnisse der Gläubiger konstituiren kein anderes Rechtsverhältniß zum Verwalter, wie das zu einem Schuldner, der zu Gunsten Dritter zu Handlungen und Zweckerfüllungen verpflichtet ist. Die Rechnungslegung des Verwalters den Gläubigern gegenüber ist nicht die eines Geschäftsführers an seinen Auftraggeber; sie können Ausstellungen nicht durch Berufung auf ihren Willen, sondern nur aus der Nichtbeobachtung des Gesetzes geltend machen. Ohnehin würde eine Vertretung aller Gläubiger als Einzelberechtigter die Vertretung für jeden Gegensatz des Verwalters gegen einen einzelnen Gläubiger (unter Umständen gegen alle Gläubiger, §§ 99—136) zu einer stets wechselnden, widerspruchsvollen und logisch wie praktisch unhaltbaren machen.

e. **Der Verwalter** ist in der That im Sinne der K.O. als **gesetzlicher Vertreter des G.Schuldners** anzusehen. Das klarliegende Motiv ist: der Verwalter soll an Stelle des G.Schuldners thun, was der G.Schuldner nach dem Willen des Gesetzes thun müßte und was diesem selber zu thun wegen fehlender Unbefangenheit und unter Umständen wegen mangelnden Willens unter Beschränkung seiner Disposition nicht mehr überlassen wird. Im § 6 der K.O. ist diese Stellung des Verwalters dadurch gekennzeichnet, daß unmittelbar nach der Vorschrift: der *Gemeinschuldner* verliere die Verwaltungs- und Verfügungsbefugniß über die K.Masse, gewissermaßen in einem Athem bestimmt wird: „Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht wird durch einen *Konkursverwalter* ausgeübt." Dadurch ist ausgedrückt, daß er kraft des Gesetzes die Stelle des G.Schuldners vertreten soll, zugleich auch, daß er den G.Schuldner *nur* rücksichtlich seiner K.Masse zu vertreten hat. Nur indirekt erhält seine Vertretung hierdurch in Folge des im § 3 ausgesprochenen, gesetzlichen Zweckes der K.Masse die Richtung, daß er sie zu Gunsten der K.Gläubiger gesetzmäßig verwenden muß. Vgl. auch Mot. S. 77 u. f. w. Ihm ist nur vom Gesetze die Instruktion gegeben, dem gesetzlichen Zwecke zu *Gunsten* der Gläubiger zu entsprechen und damit die Schuldnerpflichten des *Gemeinschuldners* zu erfüllen. Die Verpflichtung und das Recht des Verwalters, den K.Anspruch der Gläubiger zu erfüllen und in deren *Interesse* zu fungiren, widersprechen seiner Eigenschaft als Vertreter des G.Schuldners nicht und machen den Verwalter nicht zum Vertreter der *Rechte* und der Stelle *der Gläubiger*. Er hat damit nur eine Pflicht zu erfüllen, die der redliche Schuldner selbst erfüllen müßte, wenn ihm nicht zur sachgemäßen Sicherung des K.Zwecks die Verwaltung entzogen würde. Gerade diese Identität der Interessen des rechtlichen, gesetzmäßig verfahrenden Schuldners und der Gläubiger, Mot. 16, ermöglicht es, daß der Verwalter nur den G.Schuldner rechtlich zu vertreten hat, und dadurch die Interessen der Gläubiger fördert, ohne ihr Vertreter zu sein. Der § 6 kann in der Zusammengehörigkeit seiner beiden Sätze nur bedeuten, daß der Schuldner nicht persönlich mehr seine K.Masse verwalten und verfügen kann, und daß diese seine Befugniß von dem Verwalter ausgeübt werden soll; der G.Schuldner soll durch das „Verlieren" jener Befugniß keine Vermögens*rechte*, sondern nur die gesetzliche Möglichkeit über *seine* Rechte zu bestimmen, verlieren. Die Auslegung, daß § 6 nur die Bedeutung habe, Eingriffe des G.Schuldners in die K.Verwaltung abzuwehren, ist eine zu enge und wird logisch und grammatisch dem Abs. 2 des § 6 nicht gerecht. Indem unmittelbar an den im Abs. 1 erwähnten Verlust der Befugniß des G.Schuldners zur Verwaltung und Verfügung über das zur K.Masse gehörige Vermögen des G.Schuldners im Abs. 2 angeknüpft wird „*das* Verwaltungs- und Verfügungsrecht wird *durch* einen K.Verwalter *ausgeübt*", ist darin ausgedrückt, daß der Verwalter nicht nur nicht ein ihm selbst zustehendes *Recht* an der Masse haben soll, sondern daß er die beigelegten Befugnisse an Stelle dessen ausüben soll, der sie nicht mehr haben soll. Ist dies an sich für die Geltendmachung der Rechte, die der G.Schuldner selbst

Digitized by Google

sonst geltend machen könnte, die nothwendige unmittelbare Folge der Bestimmung, so wird diese Stellvertretung auch nicht dadurch beseitigt, daß zur Vermehrung und Verwaltung der K.Masse, die immer Vermögen des G.Schuldners wird und bleibt, dem Verwalter die Ausübung anderer Befugnisse, die dem Schuldner sonst nicht zustehen, im Interesse des K.Zwecks zur Erfüllung der Stellung eines redlichen, den Gläubigern sachgemäß gerecht werdenden Schuldners zugebilligt wird; „Ausübung" des Anfechtungsrechts durch den K.Verwalter, § 36.

f. Dem K.Zwecke entsprechend, *vertritt der Verwalter nicht die Gesammtpersönlichkeit des G.Schuldners*, der vielmehr an sich rechts- und handlungsfähig bleibt; er vertritt ihn nur in der „Befugniß", die K.Masse „zu verwalten und darüber zu verfügen". In diesem Umfange aber ist die Vertretung nothwendig, da der G.Schuldner selbst nicht mehr über sein K.Vermögen verfügen kann und deshalb an seine Stelle zur Erfüllung des K.Zwecks ein Anderer treten muß. Insbesondere ist der G.Schuldner hinsichtlich der K.Masse nicht prozeßfähig, weil er sich „*insoweit*" d. h. hinsichtlich der K.Masse durch Verträge nicht verpflichten kann. Die C.P.O. § 52 drückt unverkennbar aus, daß eine Person *nur* für solche Rechtsverhältnisse prozeßfähig ist, für die sie unbedingte Vertragsfähigkeit hat, für andere also *nicht*, und § 51 setzt voraus, daß die nicht prozeßfähigen Personen durch Andere (gesetzliche Vertreter) zu vertreten sind. Daß der G.Schuldner abgesehen von der K.Masse handlungsfähig bleibt, ist hierfür ohne Belang, und die Unterscheidung, daß er auch für die K.Masse nicht die Dispositionsfähigkeit, sondern nur Dispositionsbefugnisse verliere, hat hier keine Bedeutung, wo nicht die allgemeine Geschäftsfähigkeit des Schuldners, sondern gerade nur die Befugniß über die K.Masse zu verfügen, in Frage steht. Wem die Verfügung über sein zeitiges Vermögen, die K.Masse, untersagt ist, der ist im Sinne des rechtlichen Können und Dürfen für diesen Vermögensbestand im Sinne des § 52 C.P.O. prozeßunfähig. Das ernennende Gericht bestellt den Verwalter kraft Gesetzes zu seinem Vertreter, damit er an seiner Stelle die K.Masse beherrscht; der Schuldner muß sich eine solche Zwangsvertretung zur Erfüllung des K.Zwecks gefallen lassen. Die Bezeichnung als Zwangsvollmacht ist allerdings weder geeignet noch zur Umfassung der über die Rechte eines Bevollmächtigten hinaus reichenden Befugnisse hinreichend.

g. Demgemäß ist unbedingt hinsichtlich der Geltendmachung der Rechte des G.Schuldners, der Erfüllung oder Nichterfüllung seiner Rechtsgeschäfte und der Prozeßführung darüber, soweit Alles dies durch den Verwalter geschieht, *der G.Schuldner Subjekt der Rechtsverhältnisse uud Prozesse*. Ebenso handelt der Verwalter als Vertreter des G.Schuldners hinsichtlich der K.Masse, wenn er für dieselbe das Geschäft des G.Schuldners fortsetzt oder neue Rechtsgeschäfte abschließt, oder den Bestand der K.Masse gegen Aussonderungs- und Absonderungs-Ansprüche, oder gegen irgend welche Gläubiger-Ansprüche vertheidigt. Dies gilt namentlich auch für die Feststellung der Passivmasse „Schuldenmasse". Das Maaß der Befriedigung der Gläubiger resultirt ebenso sehr aus der Höhe der K.Forderungen, als aus dem Umfange der Aktivmasse. Auch an der Feststellung der K.Forderungen jedes einzelnen Gläubigers sind daher die übrigen Gläubiger interessirt. Aber wie es sich für die Aktivmasse um das Vermögen des *G.Schuldners* handelt, so sind in Betreff der Passivmasse *seine* Schulden Gegenstand der Feststellung. Begrifflich ist die Anmeldung der K.Forderung analog der Klage die Geltendmachung der konkreten Ansprüche des Gläubigers *gegen den Gemeinschuldner* aus *seinem* Rechtsverhältnisse zu *ihm*. Er macht seine Forderung *nicht gegen* die anderen *Gläubiger*, sondern *neben* ihnen geltend. Dem Wesen dieses Verhältnisses entsprechend hat also der Anmeldende den Anspruch gegen den G.Schuldner bez. gegen *dessen* Vertreter durchzukämpfen. Demgemäß und da der Verwalter den G.Schuldner in dem Einflusse auf die K.Masse vertritt, hat die K.O. dem G.Schuldner selbst ein Einspruchsrecht im K.Verfahren nur hinsichtlich der außerhalb des Konkurses oder nach dessen Beendigung eintretenden Wirkungen gegeben; dem Verwalter dagegen das Widerspruchsrecht hinsichtlich des Feststellungsresultats, das für die Betheiligung an der *K Masse* maßgebend sein soll, §§ 144,

Digitized by Google

146, 152 ff.; — 164, 165, 194, 206. Daß der Verwalter, wenngleich er dem K.Zwecke entsprechend auch die Interessen aller Gläubiger zu berücksichtigen und auch in ihrem Interesse unbegründete Ansprüche zu bestreiten hat, doch nicht die Stelle der Gläubiger vertreten soll, hat durch das jedem Gläubiger neben dem Verwalter gewährte selbständige Widerspruchsrecht Ausdruck bekommen. Dies Recht ist ihnen mit Rücksicht auf ihr Interesse an der Verminderung der K.Dividende eingeräumt. Sie haben aber dies ihr Recht selbst zu vertreten und werden darin vom Verwalter nicht vertreten. Vgl. Anm. 1 zu § 129 und Schultze S. 48—59. In Anbetracht der Rechtsstellung der Betheiligten ist daher eine Vertretung der Gläubiger durch den Verwalter auch in dieser Beziehung weder ein Bedürfniß, noch durch die K.O. hergestellt.

h. Am meisten wird die Eigenschaft des Verwalters als Vertreters des G.Schuldners bei der Ausübung des Anfechtungsrechts angefochten und vielfach wird er hierfür als Stellvertreter der Gläubiger angesehen; weil die Anfechtbarkeit nur die Unwirksamkeit „den K.Gläubigern gegenüber" bezweckt und das Anfechtungsrecht nur vom Verwalter ausgeführt werden darf, §§ 29, 36, während die anfechtbare Rechtshandlung dem G.Schuldner gegenüber rechtsverbindlich bleibt. Aber entscheidend ist, daß der Verwalter durch die Anfechtung das K.Massen-Vermögen des G.Schuldners intakt zu erhalten, Verletzungen desselben, wie es gemäß dem Gesetze sein soll, gegenüber den Handlungen nicht nur Dritter, sondern auch des G.Schuldners abzuwenden und zu beseitigen und die Zurückgewährung entzogener Mittel zur K.Masse des G.Schuldners, wie sie sein soll, zu erwirken hat. Vgl. Petersen Anm. III. 16 zu § 6 u. Busch 9, 45 ff. Der Verwalter hat daher zur Befriedigung der Gläubiger aus der K.Masse den G.Schuldner hinsichtlich der K.Masse, so wie dieser sich für die Masse in der Gegenwart oder in der Vergangenheit verhalten müßte oder hätte verhalten müssen, zu vertreten, nicht wie er sich thatsächlich während des Konkurses verhält oder vorher verhalten hat; wie in gleichem Falle der Vormund zur Abwehr von Beeinträchtigungen des Mündels, die aus dessen eigenen Handlungen hervorgehen würden. Der Verwalter soll hinsichtlich der K.Masse das Recht des G.Schuldners, nicht sein Unrecht vertreten, auch wenn es zum persönlichen Nachtheil des Schuldners ausschlägt. In diesem Sinne ist auch hier das Interesse des redlichen Schuldners, der erfolgte Rechtsverletzungen (wenngleich mit eigenem Schaden) für die verletzten Gläubiger zu beseitigen hat, mit dem Interesse der Gläubiger identisch. Daß das Anfechtungsrecht gemäß § 29 aus den Interessen der Gläubiger begründet ist, und dessen Ausübung durch die positive Bestimmung des § 36 dem Verwalter übertragen ist, obgleich dieser nicht die Gläubiger direkt, sondern den G.Schuldner zu vertreten hat, enthält keinen Widerspruch, weil er in allen seinen Funktionen den G.Schuldner eben für die Befriedigung der Rechte der Gläubiger vertreten soll. Ihm ist als Verwalter, d. h. als dem Vertreter des G.Schuldners durch das positive Gesetz des § 36 die Ermächtigung zur Ausübung des Anfechtungsrechts gegeben, nicht weil er Vertreter der Gläubiger ist, sondern obgleich er es nach § 6 nicht ist und das Interesse der Gläubiger nur für den Zweck seiner Thätigkeit mitbestimmend ist. Demgemäß wird § 36 in den Mot. S. 144, 145 (entsprech. Mot. zu E. I, § 36 S. 186—188) wesentlich aus Zweckmäßigkeitsgründen behufs der Zurückführung fortgegebener Werthe des G.Schuldners zur Befriedigungsmasse motivirt. Mot. 144. Er soll den Gläubigern gerecht werden; dadurch wird er jedoch nicht ihr Vertreter, sowenig wie der Schuldner, der freiwillig Schritte thut, um den Rechten Anderer Genüge zu thun, der Vertreter dieser Anderen wird. Die Bezeichnung der Unwirksamkeit „den K.Gläubigern gegenüber" hat hier, wie in den §§ 15, 135, 137 wesentlich die Bedeutung der Wirkung; die Wirkung erfolgt ebenso wie die gesammte übrige Thätigkeit des Verwalters für die ihm an Stelle des G.Schuldners unterworfene Masse und dadurch für die Zwecke der Gläubiger, aber immerhin für die Masse des G.Schuldners. Gerade weil zu diesem Zwecke die Anfechtung sich nicht gegen den G.Schuldner, sondern gegen den Dritten richtet, kollidirt die Vertretung der gesetzlichen Rechte des G.Schuldners hinsichtlich der K.Masse durch den Verwalter auch bei der Anfechtung nicht mit der Möglichkeit seiner Vertretung für den G.Schuldner. Was die Gläubiger demnächst immer aus der Masse erhalten, hat ihnen der G.Schuldner

Digitized by Google

gezahlt. Der Verwalter ändert durch seine Anfechtungsthätigkeit nur die Verwendung der Mittel des G.Schuldners, die indessen dabei immer seine Mittel bleiben oder wieder werden sollen. Rechtsverbindlich bleibt zwar die vom Schuldner mit dem Dritten vorgenommene Rechtshandlung rücksichtlich des Verhältnisses des Dritten zum Schuldner für dessen Beziehungen außerhalb der K.Masse (Schadloshaltung). In diesen Beziehungen hat ihn aber der Verwalter überhaupt nicht zu vertreten; Nachtheile, die der Schuldner in diesen Beziehungen erleidet, sollen für den Verwalter nicht bestimmend sein und, eben weil das Interesse des Schuldners außerhalb des Konkurses mit dem Interesse und Rechte des konkursmäßig sich verhaltenden Schuldners an der K.Masse kollidirt, ist dieses Recht und nur dieses seiner Verfügung entzogen und dem Verwalter übertragen.

i. Auf dem Umstande, daß der Verwalter nicht der allgemeine Vertreter des G.-Schuldners ist, und auf der gesetzlichen Trennung der praktischen Geltendmachung der Rechtssubjektivität des G.Schuldners hinsichtlich der K.Masse und außerhalb der Masse beruht die Möglichkeit, daß der G.Schuldner und der K.Verwalter als Rechtsgeschäftskontrahenten oder als Gläubiger sich gegenüberstehen können. Die Fragen, ob bestimmte Gegenstände oder Rechte zur K.Masse gehören, ob und wieweit aus der K.-Masse dem G.Schuldner die ihm gesetzlich nach dem früheren Abs. 2 des § 1 zustehenden Mittel zur Familien-Unterhaltung oder unter Umständen andere Ansprüche (vgl. Vorb. vor § 57) zu gewähren sind, können Grund einer Gegnerschaft werden, ebenso wie die erwähnte Zulässigkeit der Anfechtung von Rechtshandlungen des G.Schuldners, §§ 7, 29 ff. Dabei fällt indeß die Stellung des Verwalters nicht aus dem Rahmen der Vertretung hinsichtlich der K.Masse heraus, sie wird vielmehr durch diese ebenso dem G.Schuldner wie allen Dritten gegenüber geboten; sowie in gleicher Weise auch zwischen einer offenen Handelsgesellschaft und einem einzelnen Gesellschafter, wenngleich dieser zu den Rechtssubjekten der Gesellschaft gehört, Kollisionen stattfinden können und zu lösen sind. Es ist dies vielmehr dieselbe juristische Konstruktion, nach der das RG. 32, 10 ff. in einem Rheder als Eigenthümer von zwei Schiffen, von denen das eine dem anderen Hilfe in Seenoth geleistet hat, den Vertreter von zwei Sondermassen unterscheidet, die unter einander in rechtliche und obligatorische Verhältnisse treten können. Da die Spaltung der Rechtsgeschäftsgebiete derselben Persönlichkeit gesetzlich gegeben ist, so daß für das eine Gebiet eine gesetzliche Vertretung eintritt, so bleibt diese auch da in ihrem Charakter, wo die beiden Seiten derselben Persönlichkeit äußerlich in Kollisionen kommen, welche unter ihnen zu lösen sind. Und indem der Verwalter den G.Schuldner, wie er handeln mußte und muß, auch gegen den G.Schuldner, wie er gehandelt hat und handelt, zu vertreten hat, so ist die Rechtsfolge dieser Stellung die, daß der G.Schuldner auch die aus einer solchen Vertretung hervorgehenden Verpflichtungen zu tragen hat. — Auch die Berechtigungen des Verwalters, von dem G.Schuldner Auskunft zu erfordern, bei Nichterfüllung seine Haft zu beantragen, und ihn zur Leistung des Manifestationseides zu zwingen, §§ 100, 101, 125, sind kein Argument gegen die Rechtsstellung des Verwalters als Stellvertreters des G.Schuldners hinsichtlich der K.Masse. Diese Befugnisse dienen vielmehr zur Ausführung dieser Vertretung für die Masse; der G.Schuldner ist dabei nur als Auskunftsperson betheiligt, und es wird nur ein in seiner Person sich dem K.Zwecke entgegenstellendes Hinderniß beseitigt. Der G.Schuldner hat dabei auch keine Rechtsstellung als Stellvertreter seiner K.Masse gegenüber dem Verwalter, sondern wird von diesem angegriffen, eben weil der Verwalter den G.Schuldner, wie er sich gesetzlich verhalten soll, kraft Gesetzes auch gegen den bösen Willen und die Pflichtversäumung des G.Schuldners selbst vertreten soll.

k. Demgemäß folgt aus der rechtlichen Stellung des Verwalters: Der G.Schuldner wird gemäß § 6 in Betreff der K.Masse mit der K.Eröffnung „prozeßunfähig" (vgl. RG. 27, 115) und der Verwalter sein „gesetzlicher Vertreter" im Sinne des § 51 C.P.O. Der Verwalter hat die Prozesse, welche die K.Masse betreffen, zu führen und die Eide darin zu leisten, und zwar als nothwendiges ausschließliches Organ, nicht als gewählter Mandatar. Vgl. C.P.O. § 473, R.O.H. 12, 217; 10, 357. Er ist aktiv und passiv für solche Prozesse legitimirt, so auch betreffs der Rechtsverhältnisse des G.Schuldners als

Digitized by Google

Besitzers, Verpfänders ꝛc., wenngleich er nicht Eigenthümer ist. RG. 15. April 1893; J.W. 269. Daher entscheidet auch hinsichtlich der mala fides bei dem Besitze fremder Sachen, die sich in der K.Masse befinden, für die Zeit nach der K.Eröffnung die Wissenschaft des Verwalters, nicht des G.Schuldners (Dernburg 2, § 116 Anm. 6); ebenso in Betreff der Absonderungsrechte an Objekten der K.Masse, sowie überhaupt hinsichtlich seiner Verwaltung RG. 2, 170. Die Handlungen des Verwalters, welche innerhalb der Grenzen seiner Befugnisse liegen, berechtigen und verpflichten den G.Schuldner auch nach der K.-Beendigung. RG. 2, 24; vgl. Anm. 3 zu § 6 (am Ende) und Anm. 2 zu § 59. Dem G.-Schuldner wird erworben, was der Verwalter für die Masse erwirbt; der G.Schuldner haftet für Eviktion, wenn die vom Verwalter veräußerten Sachen dem Käufer evinzirt werden. Gegen und für den G.Schuldner wirken Judikate, welche sachlich gegen und für den Verwalter bezüglich der Aktivmasse ergangen sind. Dernburg 2, § 115 Anm. 18.

§ 1. (1.)

Das Konkursverfahren umfaßt das gesammte, einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört (Konkursmasse).

Die im § 811 Nr. 4, 9 der Civilprozeßordnung und im § 20 des Gesetzes über das Postwesen des Deutschen Reichs vom 28. Oktober 1871 vorgesehenen Beschränkungen kommen im Konkursverfahren nicht zur Anwendung.

Zur Konkursmasse gehören auch die Geschäftsbücher des Gemeinschuldners.

Gegenstände, die nicht gepfändet werden sollen, gehören nicht zur Konkursmasse.

E. I. 1—4. P. 1. 93. 162. 224. Abs. 3, 4 K.O.N.

1. Geltung des K.Rechts für den Gegenstand des Verfahrens.
2. Gegenstand des Verfahrens.
3. Vermögen des G.Schuldners.
4. Persönliche Thätigkeit des G.-Schuldners.
5. Andere Rechte des G.Schuldners.
6. Bedingte und betagte Rechte.
7. Vermuthung für das Vermögen eines Ehegatten.
8. Pfändbares Vermögen.
9. Geschäftsbücher.
10. Unpfändbare Forderungen.
11. Unpfändbare andere Rechte.
12. Persönliche Rechte.
13. Urheberrechte.
14. Patentrechte.
15. Markenschutzrechte.
16. Ausschluß von der K.Masse durch private Verfügung.
17. Rechte ohne Vermögenswerth.
18. Auszusondernde und abzusondernde Gegenstände.
19. Erwerb des Vermögens bis zur K.Eröffnung.
20. Erbschaften und Vermächtnisse.
21. Erwerb aus der K.Masse.
22. Anfechtungsrechte.
23. Rechtsbehelfe des G.Schuldners.
24. Früherer Abs. 2.
25. Ehemännliche Nutznießung und Verwaltung.
26. Elterliche Nutznießung und Verwaltung.
27. Bisheriges Recht zu Abs. 2.
28. Verschiedene Bestandtheile der K.Masse.

1) Für die **Konkursmasse**, die das **Konkursverfahren** umfaßt, gelten selbstverständlich auch alle für das **materielle Konkursrecht** gegebenen Vorschriften und Abs. 1 hat also die Bedeutung, daß die Eröffnung des K.Verfahrens, § 102, das davon nach Abs. 1 betroffene Vermögen dem Konkursrecht unterwirft. Die K.Eröffnung ist Voraussetzung der Anwendbarkeit des Konkursrechts. Die Grundsätze des ersten Buches finden — den Fall ausdrücklicher Bezugnahme ausgenommen — keine Anwendung, wenn nicht ein K.Verfahren eröffnet ist (§§ 102 ff), also weder beim Vorhandensein einer Zahlungsunfähigkeit, eines s. g. materiellen Konkurses ohne Konkurseröffnung, noch bei einer gleichzeitigen Verfolgung eines Schuldners seitens mehrerer Gläubiger oder bei einem Vertheilungsverfahren unter solchen außerhalb eines Konkurses. Vgl. C.P.O. §§ 872 ff.

2) Der § 1 begrenzt den **Gegenstand des Konkursverfahrens** und damit auch des Konkursrechts. Der § 1 bestimmt, was die Organe der K.Verwaltung zur Erreichung des im § 3 angegebenen K.Zweckes zur Masse heranziehen können und sollen, und ist für **diesen** Begriff (s. g. **Sollmasse**) maßgebend. Daß der Verwalter einzelne darunter fallende Vermögensobjekte nicht zur Masse ziehen will oder nicht verlangt, sowie daß er in

Digitized by Google

der thatsächlich vorliegenden Masse auch Vermögensobjekte hat, welche er nach § 1 nicht als Masse behandeln sollte (§§ 43 ff.; Anm. 1—3 zu § 117), daß also die thatsächlich gebildete Masse im konkreten Falle (Istmasse) in beiden Beziehungen von der Bestimmung der Sollmasse abweicht, kann einen Einfluß auf die Ansprüche des G.Schuldners und Dritter haben, ist jedoch für den Zweckbegriff des § 1 unerheblich und kann vollends niemals dazu führen, das gesetzliche Bestehen eines konkreten K.Verfahrens in Abrede zu stellen. Die Polemik von Oetker 1, 10 ff., die behufs der Unterscheidung Selbstverständliches hervorhebt, hat nur für das begrenzte Gebiet solcher Abweichungen der Istmasse von der Sollmasse eine praktische Bedeutung. Ueber die scheinbaren und wirklichen Ausnahmen, in denen nicht das gesammte Vermögen (Universalkonkurs), sondern nur ein Theil (im s. g. Partikularkonkurse) die K.Masse bildet, vgl. Vorbem. vor § 207.

3) Die Beschränkung der K.Masse auf das **„Vermögen"** entspricht der Beschränkung der betheiligten Konkursgläubiger im § 3 auf diejenigen Gläubiger, die einen „Vermögensanspruch" haben. Unter dem gesammten Vermögen ist nicht der Inbegriff von Sachen, Rechten und Pflichten verstanden, sondern nur das Aktivvermögen (Aktivmasse, „Theilungsmasse", § 117). Dazu gehören alle körperlichen Sachen und alle dinglichen und persönlichen vermögensrechtlichen Ansprüche, einschließlich der Nutzungen und Rechte an solchen Sachen, deren Substanz dem G.Schuldner nicht gehört (an Lehnen, Fideicommissen, Stiftungen, aus dem Nießbrauche ꝛc.) und einschließlich der Sachen und Rechte, die im Besitze Dritter oder mit Absonderungsrechten Dritter belastet sind. Auch die im Auslande befindlichen Vermögensgegenstände gehören dazu; deren wirkliche Hinzuziehung zur Masse wird indeß davon abhängen, ob sie zu erlangen sind, da die K.Ordnung selbst ohne Geltung im Auslande ist und keine Gerichtsbarkeit für das Ausland begründet, vgl. Einl. § 4. Für die Frage, ob ein Anspruch zum Vermögen gehört, ist an sich nur erheblich, ob der Inhaber des Anspruchs dadurch objektiv Geld oder Geldeswerth erlangt. Der Entstehungs*grund* ist unerheblich und kann außerhalb oder innerhalb der vermögensrechtlichen Verhältnisse liegen. Es gehören daher zu den vermögensrechtlichen Ansprüchen alle Ansprüche aus den Gebieten des Rechts der Schuldverhältnisse, des Sachenrechts und des Erbrechts; ferner aus dem Familien- und öffentlichen Rechte diejenigen Ansprüche, die lediglich auf Geld oder Geldeswerth gerichtet sind.

4) Durch den Begriff des Vermögens ist von der K.Masse ausgeschlossen und vom Konsurse nicht ergriffen die **persönliche Thätigkeit** und überhaupt die Persönlichkeit des G.Schuldners, wenngleich sie Vermögens*quelle* sein kann. Was zu seiner *Persönlichkeit* gehört, das heißt nicht nur seine natürlichen Gliedmaßen, an denen er überhaupt kein „Vermögensrecht" hat, sondern auch die ihm angepaßten und zu einem Theile seiner Persönlichkeit gewordenen künstlichen — Zähne, Stelzfüße — bleibt vom Konkurse unberührt; nicht aber abtrennbare falsche Zöpfe, sofern sie nicht (Perrücken) „unentbehrliche Kleidungsstücke" sind, CPO. § 811 Nr. 1, Völderndorff 1, S. 56, Stieglitz S. 3. Auch der Gebrauch des *Namens* und die Benutzung der Firma als des kaufmännischen Namens (H.G.B. § 17) ist ein persönliches Recht und nicht ein Vermögensrecht, und deshalb nicht ein, durch den K.Verwalter ohne Genehmigung des G.Schuldners zu verwerthendes oder zu übertragendes Recht. **RG.** 9, 104. Deshalb auch der Nießbrauch einer Firma nur gegen den G.Schuldner zu verfolgen. **RG.** 14 Dec. 1901; J.W. 1902, 95. Frei bleibt dem G.Schuldner auch das Recht der Verwendung seiner persönlichen *Thätigkeit*. Im Interesse des Konkurszwecks können Verwalter und Gläubiger vom Schuldner Auskunft über sein Vermögen fordern, § 100, und deshalb auch die Leistung des Offenbarungseides verlangen, § 125. Sie können aber nicht fordern, daß er Etwas thut, gewerbliche, technische, künstlerische, geistige oder körperliche Leistungen erfüllt, durch die ein Vermögensrecht erhalten oder erworben werden soll.

5) Durch den Konkurs werden ferner nicht berührt die **nicht zu den Vermögensrechten** des Schuldners gehörigen Rechtsverhältnisse und Ansprüche, also seine Statusrechte, ehelich-persönliche Verhältnisse, seine eheliche und väterliche Gewalt, — soweit es sich nicht um die vermögensrechtliche Nutzung und Verwaltung des Vermögens von Frau

Digitized by Google

und Kindern handelt (früherer Abs. 2 des § 1, vgl. Anm. 24—27) — ferner seine Ansprüche auf die persönliche Behandlung (ärztliche Krankenpflege, Unterricht) für ihn selbst und seine Familie; Ansprüche, die zwar durch Hingabe von Vermögenswerthen erworben werden, für den Erwerber aber einen rein persönlichen, nicht vermögensrechtlich wieder zu verwerthenden Werth haben sollen. Vgl. auch zu 12.

6) Die Beschränkungen von Vermögensrechten durch Zeit, Bestimmungen, Zwecke, bei **betagten, bedingten Forderungen** des Schuldners, bei Forderungen, welche durch Gegenleistungen des Schuldners beschränkt sind, bei Ansprüchen auf periodische Hebungen u. s. w. hindern an sich nicht ihre Zugehörigkeit zum Vermögen. Die Rechte und Sachen bilden mit den daran haftenden Beschränkungen Theile der Masse. **RG. 1**, S. 386. Ueber Zweckbestimmungen vgl. nachstehend zu 11 und 16. Das unter einer auflösenden **Bedingung** dem G.Schuldner Gewährte gehört sofort zur Masse, wenngleich mit dem Eintritt der Bedingung die Wirkung des Rechtsgeschäfts endigt und der frühere Rechtszustand wiedereintritt. Der Verwalter muß freilich sein Verhalten so einrichten, daß er die Rechte dessen, zu dessen Gunsten der frühere Rechtszustand wieder eintreten kann, nicht vereitelt oder beeinträchtigt. Die im Falle des Verschuldens des Verwalters eintretende Schadensersatzpflicht ist Masseschuld. Ob die Endigung des Rechtes auf einen früheren Zeitpunkt zurückbezogen wird, richtet sich nach dem Inhalte des das Recht begründenden Rechtsgeschäfts. Die Wirkung der Zurückbeziehung erzeugt nur einen obligatorischen Anspruch. Die hieraus entstehende Verbindlichkeit ist nicht Masseschuld B.G.B. § 158 Abs. 2, § 159, § 160 Abs. 2, K.O. § 59. Rechte, die der Gemeinschuldner unter einer noch nicht erfüllten aufschiebenden Bedingung erworben hat, beginnen zwar erst mit dem Eintritt der Bedingung B.G.B. § 158 Abs. 1, aber der Berechtigte hat schon aus dem bedingten Erwerbe gewisse Rechte. Alle während des Schwebezustandes getroffenen Verfügungen über den Gegenstand des bedingt übertragenen Rechts, mögen sie von dem bis zum Eintritt der Bedingung Berechtigten, im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestverfügung, oder durch den Konkursverwalter vorgenommen sein, werden mit dem Eintritt der Bedingung zu Gunsten des bedingt übertragenen Rechts unwirksam, B.G.B. § 161 Abs. 1, sofern nicht die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten ableiten, vgl. Abs. 3 a. a. O., Anwendung finden. Für bedingte Forderungen kann eine Hypothek oder ein Pfandrecht an beweglichen Sachen bestellt werden B.G.B. §§ 1113, 1204. Bedingte Grundschulden, Rentenschulden und Hypotheken berechtigen zur Theilnahme an dem Verfahren der Zwangsversteigerung, Zw.V.G. §§ 48, 119, 120. Das bedingte Recht kann die Grundlage für einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung abgeben, C.P.O. §§ 916, 936, und begründet mit gewissen Beschränkungen die Theilnahme am Konkurse, §§ 96, 154. Alle diese Rechte aus dem bedingten Erwerbe gehören zur Konkursmasse, nach Eintritt der Bedingung das bedingt erworbene Recht selbst. Wenn der K.Verwalter wider Treu und Glauben den Eintritt der auflösenden Bedingung verhindert oder den Eintritt der aufschiebenden Bedingung herbeiführt, so gilt zum Nachtheil der Masse die Bedingung als eingetreten oder nicht eingetreten, wie wenn der Gemeinschuldner selbst wider Treu und Glauben gehandelt hätte, B.G.B. § 162. Vgl. Anm. 6 zu § 6. (Für das ältere Recht sind zu vergleichen Preuß. L.R. I. 4, §§ 101 ff., I. 11, §§ 261, 262, Strieth. 67, 34; Windscheid §§ 89 ff.; Völderndorff I S. 74 ff.) Die gleichen Grundsätze gelten für Rechte, die in dem Sinne betagt sind, daß für die Wirkung des begründenden Rechtsgeschäfts ein Anfangs- oder Endtermin bestimmt worden ist. Zu den bedingten Rechten gehört auch die **Lebensversicherung**, sofern sie nicht Recht eines Dritten ist. Vgl. **RG. 1**, 380; **3**, 104; **11**, 173; **16**, 126; 21. April 1884, Raff.K. **28**, 895; 23. März 1891, Raff.K. **35**, 686, 691; 18. Dez. 1891, Raff.K. **36**, 455; 1. Okt. 1894, Raff.K. **39**, 129; **RG. 29**, 322 (französ. R.); — Scherer Raff.K. **32**, 523 ff.; Mittelstädt Raff.K. **38**, 327 ff., 355, 360 ff. — Lebensversicherung zu Gunsten der Erben ist nicht Begründung eines Rechts für einen Dritten, sondern der Anspruch gehört zum Nachlasse, **RG. 32**, 162. Der K.Verwalter kann über die Versicherungsrechte ebensoweit verfügen, wie der G.Schuldner ohne Konkurs verfügen könnte, da die Lebensversicherungsrechte nicht

Digitized by Google

rein persönliche (s. zu 11 nachst.) sind. Inwieweit die zu Gunsten eines Dritten genommene Versicherung diesem ein von der Verfügung des Versicherungsnehmers unabhängiges Recht verleiht, bestimmt sich nach B.G.B. §§ 328 ff., insbesondere § 330.

Hängt ein zur Masse gehörendes Recht oder dessen Ausübung von einer durch den G.Schuldner zu erfüllenden Bedingung oder Gegenleistung ab und kann mit rechtlicher Wirkung auch von einem Anderen erfüllt oder geleistet werden, so daß die Erfüllung oder Leistung sich nur als ein nicht an die Person des Schuldners gebundener vermögensrechtlicher Akt darstellt, so kann der Verwalter vermöge der ihm übertragenen Verfügungsbefugniß für den Schuldner erfüllen. Vgl. Anm. 5 zu § 6. Kann die Erfüllung lediglich seitens des Schuldners erfolgen, so ist sie gegen diesen nicht erzwingbar. Erfüllt jedoch der Schuldner zu Gunsten der K.Masse, so ist das hierdurch unbedingt gewordene Recht immerhin ein Theil seines „Vermögens". Es ist hierbei, wie auch sonst unwesentlich, daß das Recht von Bedingungen abhängig war, die nicht oder nicht lediglich vermögensrechtliche Bedeutung haben. Ebenso kommt es der Masse zu statten, wenn der G.Schuldner zu Gunsten der K.Masse (Aktivmasse) nach der K.Eröffnung eine Thätigkeit ausübt. Dies kann für die Masse angenommen und genehmigt werden; er kann überhaupt unzweifelhaft der Masse etwas zuwenden. Vgl. Anm. 3 zu § 7. Zu unterscheiden bleibt dabei nur, wieweit er für die Masse oder für sich nach der K.Eröffnung erwerben will oder kann. Vgl. nachst. zu 19—22.

7) Zu Gunsten der Gläubiger eines Ehemannes, also auch der K.Masse, gilt die **Vermuthung**, daß die im Besitze eines der Ehegatten oder beider Ehegatten befindlichen beweglichen Sachen dem Manne gehören, insbesondere auch Inhaberpapiere und Ordrepapiere mit Blankoindossament, ausgenommen jedoch die ausschließlich zum persönlichen Gebrauch der Frau bestimmten Sachen. Für diese ausgenommenen Sachen gilt die gleiche Vermuthung zu Gunsten der Gläubiger und der K.Masse der Frau, B.G.B. § 1362. Die Vermuthung gilt nach der Stellung des § 1362 für jeden Güterstand. Der Beweis des Gegentheils ist zulässig und kann nach Maßgabe der §§ 445 ff. C.P.O. auch durch Eideszuschiebung geführt werden, § 292 C.P.O.

8) Die zweite Bedingung für die Zugehörigkeit zur K.Masse ist, daß die Vermögensgegenstände **„einer Zwangsvollstreckung unterliegen"**. Der neue Abs. 4 bringt dies negativ zum Ausdruck, ohne die Bestimmungen des Abs. 1 einzuschränken oder zu erweitern. Einen richtigeren Platz hätte er als Ausdruck der Regel vor den nur Ausnahmen enthaltenden Abs. 2, 3 gefunden. Der Zusatz ist beliebt worden, um die Gleichstellung der §§ 811, 812 C.P.O. zu sichern. Zur K.Masse gehört, was nicht für alle Forderungen der Zwangsvollstreckung entzogen ist. Die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung bestimmt sich in Betreff der prozeßrechtlichen Beschränkungen

a) hinsichtlich des unbeweglichen Vermögens nach C.P.O. §§ 864 bis 871, früher nach der Landesgesetzgebung, C.P.O. § 757 alter Fassung; wegen der Lehn-, Stammguts- und Fideikommiß-Gläubiger vgl. § 52;

b) hinsichtlich des beweglichen Vermögens nach den Vorschriften der C.P.O. §§ 811, 812, 850 bis 852, früher §§ 715, 749 a. F. mit der in Abs. 2, 3 gegebenen Beschränkung.

An körperlichen beweglichen Sachen sind von der Zwangsvollstreckung und von der K.Masse die in der C.P.O. § 811 unter Nr. 1—3, 5—8, 10—13 bezeichneten ausgeschlossen. Die außerhalb eines Konkurses durch C.P.O. § 811 Nr. 4, 9 und § 20 Reichspostgesetz v. 28. Okt. 1871 bestimmten Ausschließungen von der Z.V. gelten nicht als Beschränkungen der K.Masse, vgl. Mot. 19; Prot. 7, 8, 147, 148; ebenso nicht die nach Reichsges. v. 3. Mai 1886, R.G.Bl. 131 nur außerhalb des K.Falles von der Z.V. ausgeschlossenen Fahrbetriebsmittel der Eisenbahnen. Auch die Beschränkungen der Z.V. nach dem internationalen Uebereinkommen über den Eisenbahn-Frachtverkehr vom 14. Okt. 1890, R.G.Bl. 1892 S. 793 § 23 haben für die Bildung der K.Masse einer Eisenbahngesellschaft keinen Einfluß A.M. Jaeger Anm. 21.

9) Daß die in Gebrauch genommenen **Geschäftsbücher** des G.Sch., die nach C.P.O. § 811 Nr. 11 der Pfändung nicht unterworfen sind, zur Masse gehören sollen, hat die Be-

Digitized by Google

deutung, daß sie dem Verwalter zur Verfügung stehen. Im Uebrigen ist die Wirkung der Zugehörigkeit zur Masse durch § 117 Abs. 2 beschränkt.

10) Von den **Forderungen** des G.Schuldners sind die in C.P.O. § 850 Abs. 1 unter Nr. 1—8 und Abs. 5 bezeichneten der Zwangsvollstreckung nicht unterworfen und damit nicht Theil der K.Masse, die daselbst Abs. 2, 3 bezeichneten in dem dort angegebenen Umfange. Die Vorschriften des Abs. 1 Nr. 2 und des Abs. 3 finden nach Art. 42 des Einf.G. z. B.G.B. III § 7 auf die Renten Anwendung, die nach dem durch diesen Art. 42 geänderten Haftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871 zu entrichten sind. Außer dem § 850 sind noch gleiche Beschränkungen der Zwangsvollstreckung bestimmt durch die Reichsgesetze v. 2. Juni 1878 § 3 (Ehrenzulage des Eisernen Kreuzes), 7. April 1876 § 10 und 1. Juni 1884 Art. 8 (Hilfskassen), v. 6. Juli 1884 § 68, jetzt 96, 5. Mai 1886 § 73, jetzt 102, 11. Juli 1887 § 38, jetzt 37, 13. Juli 1887 § 76, jetzt 100, 22. Juni 1889 § 40, 10. April 1892 (früher 15. Juni 1883) § 56 (Kranken-, Unfall-, Invaliditäts- und Altersversicherung, die neuen Paragraphenziffern sind die nach dem Gesetze vom 30. Juni und der Bekanntmachung vom 5. Juli 1900), v. 15. März 1886 § 7 (Betriebsunfälle der Beamten und Soldaten), v. 10. Mai 1892 § 4 (Unterstützung der Familien eingezogener Mannschaften), v. 14. Januar 1894 § 2 und 22. Mai 1895 (Invalidenunterstützung), v. 20. April 1881 §§ 4 und 17, 17. Juni 1887 §§ 5 und 19, 13. Juni 1895 § 9 (Fürsorge für die Wittwen und Waisen von Reichsbeamten, Angehörigen des Reichsheers, Personen des Soldatenstandes), v. 15. März 1886 § 7 (Fürsorge für Beamte und Personen des Soldatenstandes), v. 20. Mai 1898 § 5 (Entschädigung unschuldig verurtheilter), v. 30. Juni 1900 (Unfallfürsorge für Gefangene). Die gleichen Vorschriften der älteren Reichsgesetze v. 27. Juni 1871 § 39, 31. März 1873 § 7, 2. März 1874 § 45 sind in den Vorschriften der C.P.O. aufgegangen.

Die in § 850 Abs. 4 der C.P.O. nur für die Frau und die Kinder sowie in den Gesetzen über die Kranken-, Unfall-, Invaliditäts- und Altersversicherung für Vorschußzahlungen, für die Frau und die Kinder sowie den ersatzberechtigten Armenverband ausnahmsweise bestimmten Rechte können für die Konkursmasse nicht beansprucht werden. Die dafür sonst zu verwendenden Beträge gehören nicht zur K.Masse. Petersen-Kleinfeller Anm. II, Endemann S. 333.

Nach C.P.O. § 851 sind in Ermangelung besonderer Vorschriften alle Forderungen insoweit der Pfändung entzogen, als sie nicht übertragbar sind. Nach B.G.B. § 399 kann eine Forderung nicht abgetreten werden, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann, oder wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist. In gleichem Umfange ist nach B.G.B § 412 die Uebertragung kraft Gesetzes ausgeschlossen. Doch ist in alle diese Forderungen die Zwangsvollstreckung, wenn auch mit Ausschluß der Ueberweisung an Zahlungsstatt, insoweit zugelassen, als der geschuldete Gegenstand der Pfändung unterworfen ist. Die Forderungen, deren Abtretung nur durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist, gehören danach unbedingt zur Konkursmasse. Forderungen, deren Inhalt durch die Leistung an einen Dritten verändert werden würde, werden regelmäßig nicht zur Konkursmasse gehören; doch lassen sich auch Fälle denken, die anders zu beurtheilen sind, z. B. Forderungen auf Lieferung von Kleidungsstücken, die für den Gemeinschuldner bestimmt, aber nicht unentbehrlich sind. Nach besonderen Bestimmungen des B.G.Bs sind — abgesehen von solchen Ansprüchen, die ihrer höchst persönlichen Natur wegen für Dritte nicht als reine Vermögensrechte in Betracht kommen können, vergl. unten Anm. 12 — „im Zweifel" oder „sofern nicht ein Anderes bestimmt ist" nicht übertragbar die Ansprüche aus § 514 (Vorkaufsrecht), vergl. jedoch § 1103; § 613 (auf Dienste), vergl. dazu §§ 22, 23 b. G. nebst Anm.; § 717 (Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnisse mit Ausnahme der Satz 2 bezeichneten); zu § 664 Abs. 2 (auf Auftragsausführung), vgl. § 23 b. G. u. Anm. Nach Preuß. Recht sind auch **unübertragbar** die Wittwen- und Waisengelder, Gesetze vom 20. Mai 1882 § 17 und vom 27. Juni 1890 § 5, die nach Art. 81 des Einf.G. z. B.G.B. in Kraft bleiben. Die oben erwähnten Reichs-Fürsorgegesetze sprechen außer der **Unübertragbarkeit** auch die **Unpfändbarkeit**

Digitized by Google

noch beſ. aus. — Beſondere Vorſchriften giebt das B.G.B. über das Recht zur Zurücknahme für den Gläubiger hinterlegter Sachen. Dies Recht iſt unpfändbar (§ 377), gehört alſo nicht zur Konkursmaſſe. Auch vom G.Schuldner kann es nach Abſ 2 a. a. O. während des Konkurſes nicht ausgeübt werden. Aber ſoweit nicht die willkürliche Zurücknahme in Frage kommt, gehört das Recht an dem hinterlegten Gegenſtand zur K.M. (Zurücknahme nach Ablehnung der Hinterlegung von Seiten des Gegners).

11) Durch die Vorſchriften des § 857 C.P.O. wird beſtätigt, daß auch **andere Rechte als Forderungen**, ſoweit ſie unveräußerlich ſind, der Zwangsvollſtreckung nur beſchränkt unterliegen. Ueber die Veräußerlichkeit beſtimmt § 413 B.G.B. allgemein, daß die Vorſchriften über die Uebertragung von Forderungen auf die Uebertragung anderer Rechte entſprechende Anwendung finden. Der § 857 Abſ. 3 C.P.O. geſtattet aber die Zwangsvollſtreckung inſoweit, als die Ausübung einem Anderen überlaſſen werden kann, d. h. ſie geſtattet, die Ausübung zum Gegenſtande der Zwangsvollſtreckung zu machen, wenn ſie einem Anderen überlaſſen werden kann. Danach ſchließt die Vereinbarung, durch die das Recht begründet iſt, die Zwangsvollſtreckung in die Ausübung in keinem Falle aus; die Ausübung entſpricht als Gegenſtand der Zwangsvollſtreckung der Einziehung, zu der eine gepfändete Forderung überwieſen werden kann, wenn auch die Uebertragung durch Vertrag ausgeſchloſſen iſt. Im Uebrigen kommt es, abgeſehen von beſonderen Geſetzesvorſchriften, darauf an, ob das Recht ohne Aenderung ſeines Inhalts einem Anderen übertragen oder von einem Anderen ausgeübt werden kann. Die beſchränkten perſönlichen Dienſtbarkeiten und deren Ausübung ſind an ſich nicht übertragbar; doch kann die Uebertragung der Ausübung geſtattet ſein, B.G.B. § 1092. Die zur Zeit des Inkrafttretens des B.G.B. beſtehenden derartigen Rechte bleiben nach Art. 184 des Einf.Geſ. mit dem ſich aus den bisherigen Geſetzen ergebenden Inhalte beſtehen; das gilt insbeſondere für usus und habitatio des gemeinen Rechts und die rein perſönlichen Rechte des Preuß. A.L.R. I. 19, §§ 22, 26 ff. Unübertragbar iſt auch das Nießbrauchsrecht, übertragbar dagegen deſſen Ausübung B G.B. § 1059. Doch gilt auch für ältere Nießbrauchsrechte Art. 184 d. Einf.G. z. B.G.B. Für gem. R. vgl. **RG. 16**, 110; Windſcheid § 205, Arndts Pand. 179. Vgl. preuß. A.L.R. I. 21 §§ 110, 176. Die Ausübung kann durch den Verwalter erfolgen; und die Nutzungen können und ſollen zur Maſſe gezogen werden, wie die beſondere Beſchränkung im früheren Abſ. 2 die ſonſtige allgemeine Regel beſtätigend ergiebt (vgl. Anm. 27). **RG.** 16. Okt. 1885, J.W. 354. Auch die Veräußerlichkeit der Ausübung für die geſammte Nießbrauchsdauer kann nicht bezweifelt werden, da das Vermögensrecht, wie es der G.Schuldner zur Zeit der K.Eröffnung hatte, begrifflich zur K.Maſſe gehört und da das Nießbrauchsrecht an ſich eine einheitliche Berechtigung iſt, deren Früchte die einzelnen Nutzungen ſind, **RG. 6**, 210, ſomit auch hinſichtlich der zuläſſigen rechtlichen Dispoſitionen als einheitliches Ganzes behandelt werden kann. Vgl. auch C.P.O. § 857 Abſ. 3. Die zu Gunſten einer beſtimmten Perſon beſtehenden Reallaſten ſind, wenn der Anſpruch auf die einzelnen Leiſtungen übertragbar iſt, auch dem Rechte nach übertragbar, anderenfalls aber auch nicht die Ausübung des Rechts B.G.B. § 1111, C.P.O. § 857 Abſ. 6. Inwieweit der ſog. Altentheil (Auszug, Leibzucht, Leibgeding) zur Maſſe gehört, beſtimmt ſich nach der Natur der einzelnen den Altentheil ausmachenden Anſprüche. Soweit hierauf §§ 1093, 1092 B.G.B. Anwendung finden, ſind ſie nicht pfändbar und ſie können demgemäß auch nicht zur Maſſe gezogen werden.

12) Hinſichtlich der Anſprüche, die geſetzlich **von der Perſönlichkeit des Schuldners nicht als ein reines Vermögensrecht für Dritte abtrennbar** ſind, entſcheidet zufolge der Beſtimmung der K.Maſſe zur Verwerthung durch Dritte, § 3, nicht bloß die Rückſicht, ob der Anſpruch objektiv auf einen Vermögenswerth gerichtet iſt, ſondern auch die weitere, ob er ſubjektiv ohne Rückſicht auf die Perſon und die Willensbeſtimmung des Berechtigten für Andere geltend gemacht werden darf. Iſt dies zu verneinen, ſo iſt der Anſpruch eben deshalb auch nicht der Zwangsvollſtreckung unterworfen. Welche Anſprüche in dieſem Sinne zu den perſönlichen für Dritte verſagten gehören, iſt nach dem bürgerlichen Rechte zu beurtheilen. Vgl. preuß. A.L.R. I. 9, § 360; I. 11, § 382. — Dies gilt insbeſondere von

Digitized by Google

dem Rechte auf Anfechtung letztwilliger Bestimmungen. Soweit es rein persönlich ist, gehört es nicht zur K.Masse. Nach preuß. Rechte ist die Pflichttheilsklage nicht ohne den Willen des Berechtigten auf Dritte, insbesondere auf Gläubiger übertragbar. Striethorst Arch. 43, 276; 46, 335; 62, 135. Obertr. 49, 207; 56, 250. Vgl. Meisner S. 2—4; R.G. 25, 311; 13. April 1891, Rass.K. 35, 670, 674; 24. April 1893, Rass.V. 37, 1060, J.W. 318. Die Wahl zwischen Pflichttheil und Annahme einer das Pflichttheilsrecht nicht genügend berücksichtigenden Zuwendung steht nur dem Pflichttheilsberechtigten selbst zu. Obertr. 56, 260; Strieth. 63, 235. Nach B.G.B. § 2317 ist der Pflichttheilsanspruch zwar übertragbar; er ist aber nach C.P.O. § 852 der Pfändung nur unterworfen, wenn er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist; gehört also auch nur unter dieser Voraussetzung zur Konkursmasse und zwar muß die Voraussetzung zur Zeit der Konkurseröffnung vorhanden sein. — Die Rechte auf Ehescheidungsstrafen und auf Abfindung nach der Ehescheidung, die nach dem B.G.B. nicht mehr entstehen können, gehören nicht zur Masse, soweit sie nach Landesrecht persönlich sind, also jedenfalls nicht, soweit sie auch auf Erben nicht übergehen. Preuß. L.R. II. 1, §§ 827 ff., Stieglitz S. 5. — Für den Widerruf der Schenkung gelten dieselben Grundsätze. Nach preuß. L.R. I. 11 § 1162; Entsch. 11, 256; Strieth. 93, 158; 100, 112 kann das Widerrufsrecht auch von dem Erben ausgeübt werden, indeß wegen Undanks nur bedingt. A.L.R. I. 11 §§ 1157 ff. Aber auch das Widerrufsrecht der Erben gehört wegen seiner ganz persönlichen Natur weder zur Nachlaßkonkursmasse, noch zur Konkursmasse eines Erben. B.G.B. §§ 530, 531. Das Recht, wegen Bedürftigkeit ein Geschenk zurückzufordern, B.G.B. § 528, unterliegt nach C.P.O. § 852 Abs. 2 der Zwangsvollstreckung nur, wenn es durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist. Ebenso verhält es sich nach B.G.B. mit dem Anspruch auf Entschädigung wegen des sog. immateriellen Schadens (§ 847), dem Deklarationsanspruch des § 1300; Anspruch der Tochter auf Aussteuer ist auch nach Anerkenntniß oder Rechtshängigkeit nicht übertragbar (§ 1623). Ebenso die Ansprüche des Mannes gegen die Frau aus §§ 1427, 1585 (auf Beitrag zur Bestreitung des ehelichen Aufwandes, zum Unterhalt eines gemeinschaftlichen Kindes). Streitig ist, inwieweit die Buße für eine vor der K.Eröffnung gegen den G.Schuldner begangene That zur K.Masse gehört. Der noch nicht rechtskräftig zuerkannte Anspruch auf Buße kann von den Erben des Verletzten, also überhaupt nach dem Tode des Verletzten nicht erhoben oder fortgesetzt werden, St.P.O. § 444 Abs. 4. Der Anspruch ist danach insofern als ein höchst persönlicher anzusehen, daß dessen Geltendmachung lediglich von dem Entschlusse des Verletzten abhängt, kein Anderer ihn erheben kann. Dernburg, P.P.R. § 79 zu A. 15; Kohler S. 110 A. 2; Sarwey-Bossert A. 2, 1b zu § 1; Petersen-Kleinfeller A. I. 2 zu § 1; Seuffert § 15 S. 82. Der G.Schuldner kann auch den Antrag auf Zuerkennung der Buße, ebenso wie den Antrag auf Strafverfolgung zurücknehmen. Dagegen gehört der Anspruch auf die rechtskräftig zuerkannte Buße zur K.Masse, und zwar auch dann, wenn das Urtheil erst nach der K.Eröffnung, aber bei Lebzeiten des G.Schuldners rechtskräftig geworden ist. Denn der Umstand, daß die Buße möglicherweise aberkannt oder durch den Tod des G.Schuldners oder des Angeklagten in Wegfall kommen könnte, steht der Uebertragbarkeit, deren Ausschluß allein gegen die Zugehörigkeit der Forderung zur Masse von Bedeutung sein könnte, nicht entgegen. Vgl. B.G.B. § 847. A.M. Seuffert, Petersen-Kleinfeller a. a. O. Auch wenn die Buße eine Entschädigung für nicht vermögensrechtliche Nachtheile enthält, so kann daraus nicht gefolgert werden, daß die bereits zuerkannte Buße dem G.Schuldner verbleibt. A.M. Seuffert a. a. O. Dagegen schließt allerdings die Natur des Anspruches auf Buße, als eines höchst persönlichen, nur von dem Entschluß des Verletzten abhängigen, den selbständigen Antrag des K.Verwalters auf Zuerkennung der Buße aus. A.M. Jaeger A. 14 zu § 1. Ebenso ist aber auch der G.Schuldner nicht berechtigt, den Anspruch auf Buße zu erheben oder durch Rechtsmittel zu verfolgen, außer mit Zustimmung des K.Verwalters und zum Besten der K.Masse. Denn eine erkannte Buße schließt überall die Geltendmachung eines weiteren Entschädigungsanspruches aus. Str.G.B. §§ 188, 231. RG. über das Urheberrecht an Schriftwerken ꝛc. v. 11. Juni 1870 § 18, das durch § 64 des RG. v. 19. Juni 1901 für die Gesetze über das Urheber-

Digitized by Google

recht an Werken der bildenden Künste, über den Schutz der Photographien und über das Urheberrecht an Mustern ꝛc. v. 9., 10., 11. Januar 1876 §§ 6, 9, 14 aufrecht erhalten ist; Patentgesetz v. 7. April 1891 § 37; RG. zum Schutze der Waarenbezeichnungen v. 12. Mai 1894 § 18; RG. zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes v. 27. Mai 1896 § 14; RG. über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst v. 19. Juni 1901 § 40. Daß der Schadensersatzanspruch in allen diesen Fällen zur K.Masse gehört, ist nicht in Zweifel zu ziehen und die Erhebung des Anspruchs auf Buße ist, wenn man auch in der Buße mehr finden will als den Ersatz vermögensrechtlichen Schadens, doch eines der zuständigen Mittel, um den Schadensersatz zu erlangen. Könnte der G.Schuldner durch erfolgreiche Erhebung des Anspruchs auf Buße den zur Masse gehörenden Anspruch auf Schadensersatz ausschließen, dann stände ihm eine Einwirkung auf die K.Masse zu, die ihm schlechthin verschlossen ist.

13) Das **Urheberrecht** an Werken der Literatur und der Tonkunst nach dem RG. v. 19. Juni 1901, R.G.B. S. 227, ist gemäß § 8 vererblich und übertragbar, nach der besonderen Vorschrift des § 10 findet jedoch die Zwangsvollstreckung in das Recht des Urhebers oder in sein Werk gegen den Urheber selbst ohne dessen Einwilligung nicht statt, die Einwilligung kann nicht durch den gesetzlichen Vertreter gegeben werden. Gegen den Erben des Urhebers ist ohne seine Einwilligung die Zwangsvollstreckung nur zulässig, wenn das Werk erschienen ist. Es gehört danach zur K.Masse das durch „Uebertragung" in zweite Hand gekommene Urheberrecht unbeschränkt, das vererbte Urheberrecht nur mit Einwilligung des Erben oder dann, wenn das Werk erschienen ist, das Urheberrecht in der Hand des Urhebers nur mit seiner Einwilligung. Das Recht des Verfassers aus dem Verlagsvertrag auf Honorar ist übertragbar und gehört zur K.Masse. Ebenso der Anspruch auf Entschädigung wegen Verletzung des Urheberrechts. Das Recht des Verlegers gehört nach § 28 des RG. über das Verlagsrecht vom 19. Juni 1901, R.G.B. S. 217, zur K.Masse des Verlegers.

Ueber die Streitfragen des bisherigen Rechts, die für das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und Photographien nach den Reichsgesetzen vom 9. und 10. Januar 1876 noch nicht erledigt sind, vgl. Wächter Autorrecht S. 112 ff., Endemann Komment. S. 14 ff., Dambach Komment. S. 36 ff., Klostermann 1, S. 315 ff., Endemann S. 329; Petersen-Kleinfeller Anm. 3, Völderndorff 1, S. 58—60. Fitting § 13, Anm. 18; Eccius 2, § 134, Dernburg 2, § 310, Kaiser, Busch 21, 201—258; Jaeger Anm. 8; v. Wilmowski 5. Aufl.; Meisner S. 4, 5; Stieglitz S. 3, 4; Wengler S. 56 Anm. Nach der bisher herrschenden Ansicht wird dadurch, daß der Urheber die Veröffentlichung beschließt und diesen Entschluß kundgiebt, sein Recht zu einem vermögensrechtlich verwerthbaren. Ueber die Rechtsverhältnisse im Konkurse eines Verlegers und einer zu dramatischen Aufführungen autorisirten Bühnengesellschaft vgl. die sehr bedenklichen Ausführungen von Kohler S. 692, dagegen Kaiser, Busch 21, 233, 236 ff. Vgl. § 36 ff. des Gesetzes über das Verlagsrecht, — Für das Urheberrecht an gewerblichen Mustern und Modellen, Ges. v. 11. Januar 1876, wird (gegen Stieglitz S. 4) der persönlichen Bestimmung des Autors die gleiche Rücksicht, wie für Werke der bildenden Künste und Photographien, hinsichtlich der Frage der Exekutionsfähigkeit maßgebend sein.

14) Ertheilte **Erfindungspatente** (Patentgesetz v. 25. Mai 1877, jetzt v. 7. April 1891) sind ihrer Natur nach nicht rein persönlich, sondern zur Verwerthung bestimmte Vermögensrechte; von Ansprüchen auf Ertheilung gilt das zu Anm. 13 a. E. Gesagte; Endemann S. 331, Petersen S. 5. Kohler S. 273 will dem Verwalter die Patentbeanspruchung gestatten, wenn „die Erfindung in die K.Masse gefallen ist;" aber er löst nicht die Frage, *wann* der Anspruch in die K.Masse fällt. Der Anspruch auf Vernichtung des einem Anderen verliehenen Erfinderpatents gehört, da er von Jedermann erhoben werden kann, nicht zum Vermögen eines Einzelnen; die vom G.Schuldner erhobene Klage betrifft also nicht die K.Masse und kann von ihm selbst weiter verfolgt werden. **RG.** 17. Juni 1893, J.W. 351.

15) Das **Markenschutzrecht** ist nach dem Markenschutz-Gesetze v. 30. Nov. 1874, R.G.Bl.

Digitized by Google

145 mit der Firma verbunden und untersteht daher ebensowenig, wie die Firma der Verfügungsgewalt des K.Massenverwalters, vgl. vorst. zu Anm. 4. Nach dem Ges. v. 12. Mai 1894 zum Schutze der Waarenbezeichnungen, R.G.Bl. 441, § 7 ist das, dem Anmeldenden (ohne Beschränkung auf eine Firma) zustehende Recht des Waarenzeichens — jedoch nur mit dem Geschäftsbetriebe, wozu es gehört — vererblich und übertragbar, und unterliegt also als Vermögensrecht mit dem Geschäftsbetriebe, vgl. §§ 122, 124 N. 1, der Verfügung des Verwalters.

16) Vermögensstücke, die mit einer **Auflage** geschenkt oder durch letztwillige Verfügung vermacht sind, §§ 525—527, 1940, 1941, 2192—2196 B.G.B., sind Eigenthum des Empfängers geworden und gehören zur Konkursmasse. Der Anspruch auf Erfüllung der Auflage kann nur als Konkursforderung geltend gemacht werden; ebenso der nur obligatorisch wirkende Anspruch auf Rückforderung des Zugewendeten, wenn die Erfüllung der Auflage unmöglich geworden ist. — Ueber Behandlung der Auflage im Nachlaßkonkurs siehe diesen. —

Gleiche Behandlung fordern die nach früherem Recht mit **privatautonomischer Zweckbestimmung** gemachten Zuwendungen — preuß. A.L.R. I. 4 §§ 152 ff.; Dernburg I, § 93; für gem. Recht Obertrib. 71, 300. Soweit jedoch der Zuwendende gesetzlich berechtigt war, die Gläubiger von einer Zuwendung auszuschließen (A.L.R. II. 2 §§ 424, 429; code civ. art. 1981; code de proc. art. 581 Nr. 3), und die Vermögensrechte des Schuldners zu beschränken, ist die Zuwendung dadurch auch ohne Rücksicht auf die Pfändungsbeschränkung der C.P.O. § 749 Nr. 3 a. F. von der K.Masse ausgeschlossen. Vgl. dazu für das preuß. A.L.R. **RG. 1**, 175; **14**, 278; 26. Nov. 1885, JW. 54; 16. Sept. 1886, JW. 324; jetzt **RG.** Plen. 25, 292; für gem.R. Bolze 1, Nr. 1368. Das B.G.B. § 2338 gestattet die Enterbung eines Abkömmlings aus guter Absicht bei Hinterlassung des Pflichttheils in der Form, daß die gesetzlichen Erben des Abkömmlings als Nacherben oder Nachvermächtnißnehmer ernannt werden oder die Verwaltung des Hinterlassenen einem Testamentsvollstrecker übertragen wird. Es gestattet ebenso für den Fall der fortgesetzten Gütergemeinschaft eine entsprechende Beschränkung des Antheils eines Abkömmlings am Gesammtgute. § 1513 Abs. 2. Mit einer solchen Anordnung ist gesetzlich (C.P.O. § 863) die Unpfändbarkeit der Nutzungen verbunden, soweit sie zur Erfüllung der dem Schuldner seinem Ehegatten, seinem früheren Ehegatten oder seinen Verwandten gegenüber gesetzlich obliegenden Unterhaltspflicht und zur Bestreitung seines standesmäßigen Unterhalts erforderlich sind, und nicht der Anspruch eines Nachlaßgläubigers oder ein auch dem Nacherben oder dem Testamentsvollstrecker gegenüber wirksames Recht geltend gemacht wird. Aber diese Vorschrift ist nur für den Fall gegeben, daß der Abkömmling als Erbe beschränkt ist. Bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft paßt dies in entsprechender Anwendung der Vorschrift auf jeden Fall.

17) Aus der Voraussetzung der Zulässigkeit der Z.V. und dem Zwecke zur Befriedigung der Gläubiger folgt, daß Rechte und Gegenstände, welche **nicht** zur Gewinnung eines **Vermögenswerths** zu verwerthen sind, wenngleich an sich Vermögensrechte, nicht zur K.Masse gehören. Welche Gegenstände aus diesem Grunde dem G.Schuldner zu belassen sind, ist nach den konkreten Umständen — in der Regel erst bei Beendigung des Konkurses — zu ermessen. § 162, Anm. 1 zu § 161.

18) Zur K.Masse gehört nur Vermögen des *Gemeinschuldners*, d. h. Vermögensgegenstände und Rechte, die er zu besitzen und geltend zu machen berechtigt ist. Der nicht juristisch ausgedrückte Zusatz: „welches *ihm* zur Zeit der Eröffnung des Konkurses *gehört*", dient nur zur Bezeichnung der weiteren Beschränkung zu 19—22 nachst. und bedeutet: welches *Vermögen* des G.Schuldners zur Zeit ꝛc. ist. Objekte, welche ihm in diesem Sinne *nicht gehören*, jedoch in seinem Besitze sind, sind nicht Theile der Masse und müssen „**ausgesondert**" werden, §§ 43 ff. Die den Rechten auf **abgesonderte** Befriedigung unterworfenen Vermögensgegenstäde des G.Schuldners, §§ 47 ff., gehören zur K.Masse und sind den für die K.Masse getroffenen Bestimmungen der K.O. unterworfen, soweit nicht durch die Befugnisse der Berechtigten Abweichungen begründet werden, Anm. zu § 4. Die Besitzrechte des G.Schuldners sind immerhin ein Theil seines Vermögens.

Digitized by Google

19) Das Vermögen muß endlich, um zur K.Masse gezogen zu werden, dem G.-Schuldner „zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens“ (vgl. § 108) gehören. Vermögen, das er während der Dauer des (Konkurs-) Verfahrens „erwirbt“, ist von der K.Masse ausgeschlossen. Prot. 1—3, 145—147.

Die Frage, ob dem G.Schuldner zur Zeit der Konkurseröffnung Objekte bez. Ansprüche schon erworben waren, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden. Seine zu dieser Zeit betagten oder suspensiv bedingten Ansprüche sind ihm bereits erworben, also von der K.Masse nicht ausgeschlossen (Gewinn von gekauften Lotterieloosen, Prämienscheinen, Lebensversicherungen). Muß jedoch der Schuldner erst durch seine persönliche Thätigkeit deren Vergütung erwerben, so gehört dieser Erwerb seiner, nicht zu Gunsten der K.Gläubiger mit Beschlag belegten, Thätigkeit nicht zur K.Masse, wenngleich das Verhältniß, durch welches er berechtigt wurde, vermittels seiner Thätigkeit zu erwerben, schon vorher begründet war. Er erwirbt das hieraus gewonnene Vermögen immerhin erst später und es gehört ihm nicht schon früher im Sinne des § 1. Vgl. Vorb. 2 vor § 17. Dies findet besonders auf Gehälter, Dienstbezüge, Arbeitsvergütungen Anwendung, welche der G.Schuldner verdient. Die in regelmäßigen Perioden zu gewährenden Dienstbezüge werden mit dem vertragsmäßigen oder gesetzlichen Zahlungstage erworben, und sind also für die nach der K.Eröffnung fallenden Termine nicht zur K.Masse zu rechnen. Pensionen jedoch, für die eine Thätigkeit nicht noch zu leisten ist, gehören zur K.Masse. Soweit solche Bezüge zur K.Masse gehören, treten dabei die Beschränkungen der C.P.O. § 850 (vgl. zu 10) ein. Die Ansicht von Hullmann Anm. 8, Mandry-Geib § 10 Anm. 5 und Meisner S. 15, 16, daß mit Rücksicht auf die C.P.O. §§ 832, 833 auch die nach der K.-Eröffnung fällig werdenden Gehaltsforderungen und „ähnliche fortlaufende Bezüge“ zur K.Masse gehören sollen, übersieht, daß die K.Eröffnung nicht eine exekutivische Pfändung ist und daß nicht nach den §§ 832, 833 C.P.O., sondern nach der K.O. § 1 zu entscheiden ist, was zur K.Masse gehört; nach § 1 indeß der künftige, von der Thätigkeit des G.Schuldners noch abhängige Erwerb von der K.Masse ausgeschlossen ist. Nur folgt aus den §§ 832, 833 und K.O. § 49 Nr. 2, daß, soweit die Bezüge zur K.Masse gehören, das vor der K.Eröffnung begründete Pfändungspfandrecht auch im Konkurse wirkt. — Diese Grundsätze gelten auch sowohl für die im Privatdienst Angestellten, als auch (gegen Stieglitz S. 16, 17 und Völderndorff 1, S. 80, 81) für Beamte. Das Beamtengehalt ist nicht eine lediglich auf der Ernennung beruhende, durch die Dienstleistung nicht bedingte „Rente“ zur standesgemäßen Alimentirung, sondern beruht für Staats- wie für Privatbeamte auf der Gegenseitigkeitsgrundlage, wonach die Bezüge dauernd nur in Erwartung entsprechender Dienstleistung zugesichert, also Aequivalent derselben sind. Dem offenbaren Grundgedanken der K.O., der den Erwerb und die Erwerbsthätigkeit des G.Schuldners nach der K.Eröffnung von dem Konkurse ausschließt, § 1, würde es widersprechen, für die Gläubiger die Gegenleistungen in Anspruch zu nehmen, für die der G.Schuldner noch nach der K.Eröffnung dauernd Leistungen zu gewähren hat. Vgl. auch Fitting § 13, Anm. 10; Sarwey-Bossert A. 5 IV.; Eccius 1, § 116 zu 1; Petersen-Kleinfeller S. 13, RG. 12, 192.

Zu den (durch das Fortleben des Berechtigten) bedingten Forderungen gehören die Ansprüche auf Rente für bestimmte Zeitabschnitte § 760 Abs. 3, § 759 B.G.B. Diese Ansprüche bilden keine unzusammenhängende Mehrheit, sie entstehen einheitlich aus dem zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft, soweit dies einheitlich gemeint ist. Die Anwartschaft aus diesem Rechtsgeschäft bildet einen Vermögensbestandtheil der Masse, natürlich im Rahmen der Bestimmung des § 850 Z. 3 C.P.O. Vgl. Petersen-Kleinfeller Anm. 18. Nach Jaeger Anm. 37 soll unmittelbar aus § 1073 B.G.B. zu folgern sein, daß alle während des Verfahrens verfallenden Rentenbezüge zur Masse gehören. Die das künftige Vermögen betreffende Gütertrennungsklage nach Art. 1443 Code civ. kann nicht gegen den K.Verwalter gerichtet werden. RG. 15, 32. — Rechte, die der G.Schuldner schon vor der K.Eröffnung durch Verzicht aufgegeben hatte, gehören nicht mehr zur K.Masse, also auch nicht das Recht, eine bezahlte Hypothek für sich zu verwerthen, wenn er sich einem nachfolgenden Gläubiger verpflichtet hatte, sie löschen zu lassen, RG. 19, 59. Jetzt ist dazu B.G.B. § 875 zu beachten.

Digitized by Google

20) Nach dem bürgerlichen Rechte ist auch zu entscheiden, ob dem G.Schuldner **Erbschaften und Vermächtnisse** schon zur Zeit der Konkurseröffnung oder erst später **erworben** sind. **RG.** 20. Sept. 1888, JW. 398. Das B.G.B. läßt darüber keinen Zweifel. Die Erbschaft geht mit dem Tode des Erblassers auf den Erben mit dem alleinigen Vorbehalte der Ausschlagung über und im Falle der Ausschlagung gilt der erste Anfall als nicht erfolgt und der Anfall an den einrückenden Erben als mit dem Erbfall erfolgt, §§ 1922, 1942, 1953. Für den Nacherben tritt der Anfall in gleicher Weise mit dem Eintritt des Falls der Nacherbfolge ein, § 2139. Die Fortsetzung der allgemeinen Gütergemeinschaft ist in gleicher Weise behandelt, § 1484. Ebenso entsteht die Forderung des Vermächtnißnehmers unbeschadet des Rechtes der Ausschlagung mit dem Anfall von selbst, nur die Zeit des Anfalles und die Dauer des Rechtes der Ausschlagung sind anders als für die Erbschaft bestimmt. B.G.B. §§ 2176—2180. Wegen des Rechtes der Ausschlagung siehe § 9. Nach dem preuß. A.L.R. I. 9 §§ 367, 868, I. 12 § 288 und nach französ. Rechte Code civ. art. 724, 777 werden Erbschaften und Legate schon durch den Anfall ipso jure erworben. Nach gemeinem Rechte erwirbt der heres necessarius (suus) sowie der Legatar ebenfalls ipso jure durch den Anfall, kann aber durch seine Entsagung den Erwerb rückwirkend beseitigen. Der heres voluntarius, ebenso der Vertragserbe (**RG. 4**, 172), erwirbt dagegen erst nach dem Anfalle durch seine Willenserklärung (aditio hereditatis); und die Delation allein begründet nach der herrschenden Ansicht noch keinen Erwerb. (Vgl. dagegen Trib Entsch. Celle Bd. **6** S. 207; Mot. 22.) Das jus succedendi ist nach röm. u. gemeinem R. ein höchst persönliches Recht, also nicht an Stelle des G.Schuldners von dem Verwalter auszuüben. **RG. 4**, 174. Die abweichende Entscheidung des R.O.H. **14**, S. 345. 350 gründet sich wesentlich auf die preuß. K.O. und auf deren Anwendbarkeit, soweit es sich um das Recht zur Vertretung für den G.Schuldner handle. Vgl. diese Anm. a. E. Soweit also zur Zeit der K.Eröffnung nur die Erwerbsmöglichkeit vorliegt, unterliegt sie nicht der Beschränkung der Verfügungsbefugniß aus § 6; der noch nicht erfolgte Erwerb gehört überhaupt nicht zur K.Masse, sondern wird durch die nach der K.Eröffnung erfolgte Annahme des G.Schuldners dessen neuer Erwerb, da die Erbschaft ihm nicht schon zur Zeit der K.Eröffnung gehört. Vgl. Fitting § 13 Anm. 31; Stieglitz Anm. V. 6; Sarwey, Völderndorff, Wengler, Willenbücher zu § 1. Abw. Petersen-Kleinfeller 3. Aufl., S. 11 dafür, daß der G.Schuldner durch eine, nach der K.Eröffnung erfolgte Annahme rückwirkend der K.Masse erwerbe. — Soweit jedoch zur Zeit der K.Eröffnung dem G.Schuldner Erbschaften und Vermächtnisse durch Anfall (franz. R. u. preuß. A.L.R.) oder Antretung bereits erworben sind, gehören sie zur K.Masse und die Befugniß, dann noch zu entsagen, also auch für den Legatar und suus heres die Rückwirkung des Nichterwerbs herbeizuführen, ist dem G.Schuldner durch § 6 K.O. entzogen. Vgl. Sarwey Anm. 5a zu § 5 u. Anm. 4 IIIa zu § 1; Fitting § 13 Anm. 29. A.M. Stieglitz Anm. V. 6; Hullmann Anm. 9; I. Diese Grundsätze gelten nach Art. VI des Einf.G. z. K.O.Nov. für die vor dem Inkrafttreten des B.G.B. eingetretenen Erbfälle auch in den später eröffneten Konkursen. Hat der G.Schuldner selbst schon vor der K.Eröffnung rechtsverbindlich entsagt, so ist dadurch die Frage erledigt. Vgl. Anm. 1 zu § 29. Die Entsagung ist indeß nach § 32 Nr. 1 (auch nach § 31 Nr. 1) anfechtbar, **RG. 28**, 136; 20. Sept. 1888, JW. 398, jedoch nur, sofern der K.Verwalter nach dem bürgerlichen Rechte ein Dispositionsrecht über das jus succedendi hat. Sofern für eine zur K.Masse gehörige Erbschaft die Sicherung der Rechtswohlthat des Inventars nach der K.Eröffnung noch möglich ist, gehört sie zu den Obliegenheiten des Verwalters, für deren Unterlassung er gemäß § 82 verantwortlich sein würde. Mot. 223, 355. — Im preuß. A.L.R. I. 9 § 391 sind in Uebereinstimmung mit der preuß. A.G.O. I. 50 §§ 33 ff. (obgleich diese ebenso wie die K.O. an sich zur K.Masse nur das zur Zeit der Eröffnung bestehende Vermögen rechnete) dennoch auch die *nach* der K.Eröffnung dem G.Schuldner angefallenen Erbschaften und Vermächtnisse dem G.Schuldner zu Gunsten der K.Masse entzogen, und es wird zur Gültigkeit der Erklärung des Erben über Annahme und Entsagung die Genehmigung des K.Kurators und des K.Gerichts verlangt. Vgl. Entsch 5, 351. Diese Vor-

Digitized by Google

schriften sind bei der unbedingten ausnahmslosen Fassung des § 1 K.O. aufgehoben. Indeß erweisen diese Vorschriften und die Grundsätze der preuß. K.O. §§ 1, 262, daß das jus succedendi: Entsagung, wie Annahme nach dem preuß. A.L.R. nicht ein rein persönliches Recht des Erben, sondern dem Verfügungsrechte des K.Verwalters unterworfen ist. — Ueber die persönliche Natur der Pflichttheilsklage vgl. zu Anm. 12 vorstehend.

21) Zur K.Masse gehört ferner selbstverständlich, was ohne Zuthun des G.Schuldners von selbst oder durch die Geschäftsführung des Verwalters zu den ursprünglichen Bestandtheilen hinzu oder an deren Stelle tritt; natürliche und civile **Früchte und Nutzungen** der Masse, Ansprüche auf Pacht-, Mieth- und Kapitalzinsen nach der K.Eröffnung (**RG. 1**, 348), Entschädigungsforderungen für Entziehung oder Beschädigung von K.Gegenständen, Ansprüche auf Erfüllung oder Entschädigung für die zur Masse gehörigen Forderungen und Erwerb aus der Verwaltung der Masse, das Eigenthum an verbrauchbaren Sachen, die auf eine dem Nießbrauch des G.Schuldners unterliegende Forderung geleistet werden (B.G.B. § 1075 Abs. 2).

22) Endlich gehört das **Anfechtungsrecht** zur Erlangung von Werthen und Gegenständen, die vor der K.Eröffnung veräußert sind, und durch Anfechtung der Veräußerung nach §§ 29—41 zurückgefordert werden können, ebenfalls zur K.Masse. Mot. 45. Dies ist im § 37 ausgedrückt. Ueber die sich hieraus ergebenden Folgerungen vgl. Vorbem. 3 h vor § 1.

23) Die Befreiung des Erwerbes des G.Schuldners nach der K.Eröffnung von der Betheiligung an der K.Masse und die ihm außerhalb der Verfügung über die K.Masse verbleibende Rechts- und Handlungsfähigkeit bietet die Möglichkeit, daß über den späteren Erwerb noch ein zweiter Konkurs eröffnet werden kann, für den die K.Gläubiger des ersten nach §§ 1, 14 nicht Gläubiger sind, sofern nicht der zweite Konkurs erst nach der Aufhebung des früheren eröffnet ist. Sowohl die Ausschließung des ferneren Erwerbes, als auch die absolute Ausschließung der zu 3—17 erwähnten Rechte von jedem Konkurse giebt ferner die Möglichkeit von Differenzen zwischen dem G.Schuldner persönlich und dem ihn hinsichtlich der K.Masse vertretenden Verwalter. Der G.Schuldner hat sich dabei vermöge seiner verbleibenden Rechtsfähigkeit selbst zu vertreten. Der Verwalter braucht seinerseits kein besonderes Streitverfahren anzuregen, sondern kann auf Grund des Eröffnungsbeschlusses exekutivisch verfahren lassen, vgl. Anm. zu § 117. Hiergegen hat der G.Schuldner folgende **Rechtsbehelfe**. Er kann seine Rechte durch die nach § 83 zulässige Beschwerde über den Verwalter geltend machen. Er kann sie aber auch durch Klage verfolgen. Sofern der Verwalter nicht mit einer Zwangsvollstreckung vorgegangen ist, sondern sich selbst in Besitz gesetzt oder über die Masse verfügt hat, kann der § 766 C.P.O., der die Entscheidung über Erinnerungen gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung an das Vollstreckungsgericht verweist und damit die Klage ausschließt, nicht Anwendung finden, weil eben keine Zwangsvollstreckung vorliegt. **RG.** 6. Juni 1896 Entsch. 37 S. 398. Aber auch im Falle der Zwangsvollstreckung kann C.P.O. § 766 nicht angewandt werden, weil es sich nicht um die Art und Weise der Zwangsvollstreckung handelt, sondern um den Inhalt des vollstreckbaren Titels. Der in dem Beschlusse über die Eröffnung des Konkursverfahrens liegende Titel zur Zwangsvollstreckung geht gegen den G.Schuldner auf Herausgabe des zur Konkursmasse gehörigen Vermögens. Der Streit, was zur Konkursmasse gehört, geht um den Inhalt des Titels. Die Frage, was der Inhalt eines Urtheils ist, kann jederzeit zum Gegenstande einer Klage gemacht werden. Vgl. **RG.** 27. Juni 1889, JW. 306. Die Klage ist auch nicht die in § 767 C.P.O. erwähnte, durch die Einwendungen gegen den vollstreckbaren Anspruch geltend zu machen sind. Die Beschränkungen des § 767 würden gar nicht passen. Es finden also auch nicht die Vorschriften des § 769 über Einstellung der Zwangsvollstreckung Anwendung. Die Einstellung kann nur im Wege der einstweiligen Verfügung erreicht werden.

24) Die K.O. enthielt als **Abs. 2** die Vorschriften:

Der Nießbrauch, welcher dem Gemeinschuldner während der Dauer des Verfahrens an dem Vermögen seiner Ehefrau oder seiner Kinder zusteht, gehört zur Konkursmasse.

Digitized by Google

Aus den Nutzungen kann der Gemeinschuldner die Mittel beanspruchen, welche zu seinem angemessenen Unterhalt und dazu erforderlich sind, um eine gesetzliche Verpflichtung desselben zum Unterhalte seiner Ehefrau oder zum Unterhalt und zur Erziehung seiner Kinder zu erfüllen.

25) Rücksichtlich der mit dem gesetzlichen Güterstande des B.G.B. verbundenen **Nutznießung des Mannes an dem eingebrachten Vermögen der Ehefrau** sind die Vorschriften des früheren Abs. 2 ersetzt durch C.P.O. § 861. Das Recht der Nutznießung ist danach der Pfändung nicht unterworfen, übereinstimmend mit B.G.B. § 1408, nach dem das Recht nicht übertragbar ist. Auch die von dem Ehemann erworbenen Früchte, für deren Erwerb die Vorschriften über den Erwerb der Nutzungen durch den Nießbraucher maßgebend sind (B.G.B. § 1383), unterliegen der Pfändung nicht, soweit sie erforderlich sind zur Erfüllung der näher bezeichneten mit der Nutznießung unmittelbar zusammenhängenden Verpflichtungen des Mannes, zur Erfüllung der dem Manne seiner Ehefrau, seiner früheren Ehefrau oder seinen Verwandten gegenüber obliegenden Unterhaltspflicht und zur Bestreitung des standesmäßigen Unterhalts des Mannes. Doch sind diese Vorschriften für den Konkurs ihrer praktischen Bedeutung zum größten Theil schon dadurch beraubt, daß die Nutznießung des Mannes mit der Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses endigt (B.G.B. § 1419); sie können nur noch Bedeutung für die Zeit bis zu dieser Rechtskraft haben. Durch C.P.O. § 861 ist aber nicht nur die Nutznießung, sondern jedes dem Manne an dem eingebrachten Gute zustehende Recht, also auch die Verwaltung der Pfändung entzogen und ebenso weit reicht das Verbot der Uebertragung im B.G.B. § 1408. Die Verwaltung bleibt deshalb trotz der Konkurseröffnung bei dem Ehemanne; die Rechte des Mannes sind höchst persönliche (Begr. zur C.P.O.Novelle S. 178) und ihre Ausübung kann nicht wie bei dem Nießbrauche übertragen werden. Es ist deshalb anzunehmen, daß zur Konkursmasse nur die vor dem Eröffnungsbeschlusse erworbenen Früchte gehören (s. Begr. z. K.O.-Novelle S. 22, 23). Auf diese aber erstreckt sich die beigefügte Beschränkung der Pfändung, so daß von ihnen, soweit sie noch vorhanden sind, der zu den angegebenen Zwecken erforderliche Theil freigelassen werden muß. Die Freilassung soll auch von der Ehefrau gefordert werden können und zwar nach § 776 C.P.O., also nicht im Wege der Klage, sondern nur im Wege des Widerspruchs. Daraus kann aber nichts dafür entnommen werden, daß auch im Konkurse die Klage ausgeschlossen sei. Im § 861 C.P.O. handelt es sich dem Ehemann als dem Schuldner gegenüber nur darum, wie die auf Zahlung einer Geldsumme gerichtete Vollstreckung ausgeführt werden soll. Hier aber handelt es sich darum, was zur Konkursmasse gehört. Wegen der Erledigung dieses Streits s. zu 23. Bei der Zwangsvollstreckung kann der Widerspruch, da es sich um die Pfändung bestimmter Gegenstände handelt, immer nur auf die Freilassung dieser Gegenstände gerichtet sein. Der Zweck wie das dadurch bestimmte Maß der Freilassung liegt jedoch in der Erfüllung gewisser Verpflichtungen und Bedürfnisse, die mit den erworbenen Früchten selbst ohne deren Umsatz in Geld in vielen Fällen nicht erfüllt werden können. Schon bei der Zwangsvollstreckung wird deshalb dem Gläubiger nicht versagt werden können, die Freilassung gepfändeter Gegenstände durch Zahlung der erforderlichen Geldbeträge abzuwenden, wenn nicht gerade die Früchte selbst zur Verwendung kommen müssen. In gleicher Weise kann der G.Schuldner oder dessen Ehefrau nur die Freilassung gewisser Gegenstände verlangen, der K.Verwalter aber die Freilassung durch Zahlung abwenden, ähnlich wie der aufgehobene Abs. 2 nur das Recht giebt, die Mittel zu beanspruchen. — Bei den übrigen im B.G.B. geregelten ehelichen Güterständen kommt eine Nutznießung des Mannes nicht vor. Begr. z. K.O.Nov. S. 23. — Soweit nach Art. 200 des Einf.G. z. B.G.B. für den Güterstand einer zur Zeit des Inkrafttretens des B.G.B. bestehenden Ehe die bisherigen Gesetze maßgebend bleiben und danach ein ehemännlicher Nießbrauch besteht, finden auf diesen nach Art. VI Satz 1 des Einf.G. v. 17. Mai 1898 die Vorschriften des aufgehobenen früheren Abs. 2 des § 1 Anwendung, wenn auch das Konkursverfahren nach den neuen Vorschriften der K.O. geführt wird (Begr. z. K.O.Nov. S. 23). S. zu 27. Die Zahl dieser Fälle ist nach Maßgabe der gemäß § 218 E.G.z.B.G.B. erlassenen Ausführungs-

Digitized by Google

gesetze der Bundesstaaten gering. Nur Württemberg und Baden sehen im Wesentlichen von einer Ueberleitung der altrechtlichen Ehen in den neuen Güterstand ab. Die übrigen Staaten haben den bisherigen Güterstand in den neuen Güterstand übergeleitet — theils indem sie nur ihr einheimisches Güterrecht treffen — theils — und die Zahl dieser Ausführungsgesetze überwiegt — indem sie auch die Güterstände anderer deutscher Staaten treffen. Näheres vgl. Habicht, Einwirkung des B.G.B.s auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, 2. Aufl. S. 526 ff. Ohne besondere Regelung ist nach Wegfall des Abs. 2 der ehemännliche Nießbrauch geblieben, der nach Maßgabe eines für die Ehe geltenden außerdeutschen Güterstanes besteht. Dessen Behandlung richtet sich ausschließlich danach, ob und in welchem Umfange er als ein zur Zeit der Konkurseröffnung bestehendes der Zwangsvollstreckung unterliegendes Recht anzusehen ist. Vgl. S. 528 Anm. 2 a. a. O.

26) Rücksichtlich der **Nutznießung des Inhabers der elterlichen Gewalt** an dem Vermögen des Kindes sind die Vorschriften des früheren Abs. 2 durch C.P.O. § 862 ersetzt, der inhaltlich mit § 861 übereinstimmt. Die Unübertragbarkeit der Nutznießung ist im B.G.B. § 1658 bestimmt. Die Vermögensverwaltung des Inhabers der elterlichen Gewalt endigt mit der Rechtskraft des Konkurseröffnungsbeschlusses (B.G.B. §§ 1647, 1686); sie kann zwar entzogen, aber nicht auf einen Anderen übertragen werden. Für die Nutznießung ist die Konkurseröffnung kein Endigungsgrund. Das Rechtsverhältniß bestimmt sich von dem Inkrafttreten des B.G.B. an nach dessen Vorschriften. Einf.G. Art. 203. Danach gilt das zu a Gesagte auch für den elterlichen Nießbrauch. Der Widerspruch steht außer dem Inhaber der elterlichen Gewalt dem Kinde zu.

27) Zu dem **aufgehobenen Absatz 2**, der gemäß Art. V E.G.z.K.Nov. vom 17. Mai 1898 in allen zur Zeit des Inkrafttretens des B.G.B. anhängigen Konkursen noch Anwendung findet, ist noch Folgendes zu bemerken. Der Satz 1 bedeutet, daß *auch* der väterliche und ehemännliche Nießbrauch zur K.Masse gehört; der Nießbrauch an dem Vermögen, das Frau oder Kinder erst nach der Eröffnung erwerben, gehört entsprechend dem Abs. 1 nicht zur K.Masse, RG. 15, 8. Soweit der Nießbrauch gesetzlich oder vertragsmäßig beschränkt ist, gehört er nur mit dieser Beschränkung zur K.Masse, Petersen-Kleinfeller 3. Aufl. S. 15. Daraus, daß der Nießbrauch an sich zur K.Masse gehört, folgt, daß *auch die Verwaltung der Nießbrauchgüter* dem K.Verwalter obliegt und dem G.Schuldner entzogen ist. Dies ist auch in den Mot. 23 vorausgesetzt (vgl. der daselbst in Bezug genommene § 93 P.) und wurde bei der Berathung in der R.K. von den Vertretern des Bundesraths bestätigt. Prot. 3—5, 145 bis 147. — Selbstverständlich gebührt dem Verwalter in Vertretung des G.Schuldners die Verwaltung der Nießbrauchgüter nur soweit, als sie dem G.Schuldner selbst ohne den Konkurs zustehen würde. Streitig ist, ob zur K.Masse hinsichtlich des Abs. 2 nur diejenigen Nutzungen gehören, die während des Konkurses bezogen werden können; Völderndorff 1, S. 91; Fitting § 14, Anm. 6; oder ob die an sich veräußerliche Ausübung des Nießbrauchs für die gesammte Zeit seiner Dauer, also bis zum Tode des Nießbrauchers oder der sonstigen Beendigung ein zur K.Masse gehöriges Vermögensrecht bildet, das auch für die Masse veräußert werden kann. Für den Nießbrauch im Allgemeinen, abgesehen vom Abs. 2, muß begrifflich das Letztere behauptet werden, Anm. 11. Für den Nießbrauch am Vermögen der Ehefrau und der Kinder muß indeß bei der ausdrücklichen Beschränkung des Abs. 2 auf den „während der Dauer des Verfahrens" zustehenden Nießbrauch eine Ausnahme behauptet werden, die an sich mit Rücksicht auf das Familienverhältniß natürlich ist und durch die, in den Mot. 23 ausdrücklich als Vorbild in Bezug genommene Vorschrift der P. § 93 bestätigt wird. Vgl. Völderndorff und Fitting a. a. O.; Mandry-Geib § 10 Anm. 5; Petersen-Kleinfeller 3. Aufl. S. 13; Endemann S. 327. A.M. Sarwey-Bossert Anm. 3 IV. 3; Stieglitz Anm. VI. 5.

Landesgesetzliche Vorschriften, daß der Nießbrauch am Vermögen der Frau oder der Kinder nicht für Gläubiger verwendet werden dürfe, sind durch den Abs. 2 aufgehoben, Hullmann S. 55; Stieglitz S. 21; hierüber hinaus giebt aber Abs. 2 keine Vorschrift darüber, daß der Nießbrauch während des Konkurses fortdauern soll, sondern gilt nur von

Digitized by Google

einem Nießbrauch, der „nach den Landesgesetzen" während des Konkurses besteht. Sofern der Nießbrauch landesgesetzlich mit der Konkurs-Eröffnung endet, bewendet es dabei. Prot. 4, Mot. 21 ff. Nach dem preuß. A.L.R. II. 1 § 261 (vgl. §§ 231 ff., 257), II. 2 § 206 (vgl. §§ 156, 168 ff., 205) erlischt der Nießbrauch am Vermögen der Frau, sobald sie das Vermögen im Konkurse zurückerhält (vgl. Strieth. 18, 104, Obtr. 40, 380 und dagegen R.O.H. 12, 224); am Vermögen der Kinder, mit dem Ausbruche des Konkurses (A.L.R. II. 2 § 206; Strieth. 49, 153; RG. 10. Nov. 1886, JW. 451; 3. Mai 1890, Raff.K. 34, 989; 5. März 1894, Raff.K. 38, 1174); nach franz. Rechte Code civ. art. 1443 ff., 1563, 384 am Vermögen der Frau, sobald auf Trennung der Güter erkannt ist, und an dem der Kinder ohne Einfluß des Falliments mit dem vollendeten 18. Lebensjahre oder der früheren Emancipation des Kindes. Nach gemeinem Rechte ist die Frage streitig. Vgl. Hullmann S. 56. Wird durch Landesgesetz (wie in dem Preuß. Ausf.G. z. B.G.B. Art. 44 ff.) der eheliche Güterstand einer Ehe in den gesetzlichen Güterstand des B.G.B. umgewandelt, so endet damit gemäß § 1419 B.G.B. die ehemännliche Nutznießung auch für die vor dem Inkrafttreten des B.G.B. anhängig gewordenen Konkurse. Die Grundsätze des für die Ehe aufgehobenen früheren Güterstandes können nicht mehr wirken. Die gesetzliche Umwandlung beruht nicht auf einer etwa unzulässigen Verfügung des G.Schuldners. Ebenso ist durch die §§ 1649, 1656 B.G.B. allgemein der auf der elterlichen Gewalt beruhende Nießbrauch an dem Kindesvermögen im Falle des Konkurses des Verwaltungsrechts entkleidet und auf Herausgabe der Nutzungen beschränkt, soweit sie nach Bestreitung der Kosten der Verwaltung und der Lasten der Nutznießung übrig bleiben. Art. V hat nicht die Bedeutung, die gesetzlich aufgehobenen materiellen Rechte aufrecht zu erhalten. RG. 48, 192. Aber die Zugehörigkeit der dem G.Schuldner verbliebenen Rechte zur K.Masse wird durch Art. V bestimmt; die Unpfändbarkeit der elterlichen Nutznießung, die durch C.P.O. § 862 bestimmt und von dem RG. auch herangezogen ist, kommt für die vor 1900 eröffneten Konkurse nicht in Betracht.

Die dem Nießbraucher nach dem bürgerlichen Rechte obliegenden Lasten und Kosten bleiben als dessen Beschränkungen folgerecht außer den im Satze 2 Abs. 2 berührten Verpflichtungen. Abgesehen von jenen Verpflichtungen ist im Satze 2 aus den Nutzungen dem G.Schuldner ein Anspruch auf die nöthigen Mittel zur Erfüllung seiner *gesetzlichen* Verpflichtungen zur Unterhaltung bez. Erziehung seiner Frau und seiner Kinder gegeben, weil das Gesetz diese Verpflichtungen mit dem Genusse der Nutzungen verbindet. Mot. 23, 24. Vgl. RG. 11. Nov. 1895, J.W. 1896 S. 34. Etwaige andere Mittel, welche der G.-Schuldner zur Erfüllung dieser gesetzlichen Verpflichtungen hat, vgl. C.P.O. § 850 Nr. 3, sind mitzuberechnen, um zu bestimmen, welche Mittel „erforderlich sind". Soweit er sie bereits hat, sind sie nicht erforderlich. Indeß berücksichtigt C.P.O. § 850 nur den „nothdürftigen" Unterhalt.

Aus dem Reinertrage gewährt ferner das Gesetz dem G.Schuldner aus Billigkeitsgründen einen *Kompetenzanspruch* für angemessenen Unterhalt für sich selbst. „Durch die Vorschrift des 2. Abs. wird der Kompetenz*anspruch* des G.Schuldners begrenzt, sowohl in Ansehung der Gegenstände, in Bezug auf welche, als in Betreff der Personen, für welche der Anspruch erhoben werden kann." Mot. 24. Auch hier sind die Schlußbemerkungen des vorstehenden Absatzes zu berücksichtigen. Voraussetzung ist, daß das Vermögen der Frau und der Kinder vorhanden ist und Einkünfte bringt. Inwiefern außerdem nach §§ 129, 132 dem G.Schuldner und seiner Familie Unterhalt und „Unterstützung" gewährt werden soll, ist Sache freiwilliger Gewährung. Da der zweite Satz des zweiten Abs. materielles Recht bestimmt, und dadurch abweichende Vorschriften des bürgerlichen Rechts ändert, so kann der G.Schuldner aus den Nutzungen des Vermögens der *Kinder* auch die Mittel beanspruchen, die für *seinen* Unterhalt und für den seiner *Frau* nöthig sind; ebenso aus den Nutzungen des Vermögens der Frau auch die Mittel zu seinem und seiner Kinder Unterhalte; ohne Rücksicht auf abweichende Bestimmungen des bürgerlichen Rechts. Indeß sind im Abs. 2 nur eheliche Kinder gemeint, nicht uneheliche, welche von ihrem außerehelichen Vater Alimente fordern können, aber nicht „seine" Kinder sind

Digitized by Google

(A.L.R. II. 1 §§ 612, 639). Wieweit der G.Schuldner eine „gesetzliche" Verpflichtung zur Unterhaltung und Erziehung von Frau und Kindern hat, ist natürlich nach den Landesgesetzen zu bestimmen (Preuß. A.L.R. II. 1 §§ 185 ff., II. 2 §§ 64 ff.).

Auf die Mittel, die Abs. 2 dem G.Schuldner zubilligt, hat er einen Rechtsanspruch; er kann sie „beanspruchen". Der „Gemeinschuldner" hat diesen Rechtsanspruch nach Abs. 2, auch soweit es sich um die Frau und die Kinder handelt, da seine Rechtsverpflichtungen gegen diese Grund, Zweck und Maaß seines Anspruchs bilden. Der Anspruch ist gegen die K.Masse gerichtet und geltend zu machen, da er von den zur Masse zu ziehenden Nutzungen einen Theil verlangt; also gegen den Verwalter. Der Anspruch ist eine Massenschuld nach § 59 Nr. 1 und 3; der Grund ist der, daß der Verwalter sonst zu Unrecht Nutzungen zur K.Masse zieht oder zurückbehält, und die Masse sich sonst zum Schaden des Schuldners rechtlos bereichert (Abw. Fitting § 14 Anm. 14: Massekosten nach § 58 Nr. 3). Der G.Schuldner kann nöthigenfalls auch seinen Anspruch durch Klage gegen den Verwalter verfolgen; Konsequenz des ihm gesetzlich bewilligten Rechtsanspruchs. Nicht das K.Gericht als solches, sondern das Prozeßgericht hat darüber zu entscheiden. Auch Hagens erkannte in der R.K. einen klagbaren Anspruch deshalb gegen den Verwalter an. Prot. 5. Vgl. auch R.O.H. **16**, 358 für den entsprechenden § 93 der preuß. K.O. v. 1855. A.M. Völderndorf **1**, S. 94. Vgl. Vorbem. 3 vor § 1.

Der gesammte zweite Absatz bestimmt nur hinsichtlich des Nießbrauchs, der dem G. Schuldner gesetzlich am Vermögen seiner Frau oder Kinder zusteht. Nießbrauch, der ihm nur auf Grund von Verträgen, letztwilligen oder anderen einseitigen Verfügungen zusteht, gehört nach Abs. 1 ebenfalls zur K.Masse. Ist er jedoch nach dem privatautonomischen Entstehungsgrunde vollständig zum Unterhalte des G.Schuldners oder seiner Frau oder Kinder bestimmt oder als jus personalissimum des G.Schuldners konstituirt, so ist er auch von der K.Masse ausgeschlossen, soweit er aus diesem Grunde der Zwangsvollstreckung nicht unterliegt, vgl. Anm. 11. Ist er durch Privatautonomie konstituirt, ohne daß dabei derartige Verwendungsbestimmungen oder Ausschließungsrechte begründet sind, so kann aus einem solchen, nicht gesetzlichen Nießbrauch, auf den die singuläre Vorschrift des zweiten Satzes nicht Anwendung findet, die Kompetenz nicht beansprucht werden. Vgl. Hullmann S. 59. Soweit jedoch durch Verträge, letztwillige oder anderweite einseitige Bestimmungen nur ein ohnehin gesetzlicher Nießbrauch bestätigt wird oder in der Bestimmung enthalten ist (vgl. A.L.R. II. 2 §§ 156, 168), gilt von diesem Nießbrauche auch der zweite Satz des Abs. 2.

28) Zur Konkursmasse gehören auch die dem G.Schuldner gehörenden Gegenstände, an denen der Nießbrauch eines Dritten oder elterliche Nutznießung besteht. Ueber deren Behandlung siehe § 43.

§ 2 (neu).

Wird bei dem Güterstande der allgemeinen Gütergemeinschaft, der Errungenschaftsgemeinschaft oder der Fahrnißgemeinschaft das Konkursverfahren über das Vermögen des Ehemannes eröffnet, so gehört das Gesammtgut zur Konkursmasse; eine Auseinandersetzung wegen des Gesammtgutes zwischen den Ehegatten findet nicht statt.

Durch das Konkursverfahren über das Vermögen der Ehefrau wird das Gesammtgut nicht berührt.

Diese Vorschriften finden bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft mit der Maßgabe Anwendung, daß an die Stelle des Ehemannes der überlebende Ehegatte, an die Stelle der Ehefrau die Abkömmlinge treten.

K.O.N.

1. Gesammtgut der Gütergemeinschaft.
2. Gesammtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft.
3. Gesammtgut bei Gütergemeinschaften außerhalb des B.G.B.

Digitized by Google

1) Nach den Vorschriften des B.G.B. wird keine der erwähnten **Gütergemeinschaften** durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Ehemannes aufgehoben. Es findet also auch keine Theilung oder Auseinandersetzung unter den Ehegatten statt. Der Ehemann hat nach B.G.B. § 1443 das Gesammtgut zu verwalten, darüber zu verfügen und Rechtsstreitigkeiten, die sich darauf beziehen, im eigenen Namen zu führen; er haftet nach B.G.B. § 1459 für alle Schulden, wegen derer das Gesammtgut in Anspruch genommen werden kann, persönlich. Nach §§ 740 f. C.P.O. ist zur Zwangsvollstreckung in das Gesammtgut im Allgemeinen ein gegen den Ehemann ergangenes Urtheil erforderlich und genügend; der Antheil eines Ehegatten an dem Gesammtgut und dessen einzelnen Gegenständen ist der Pfändung überhaupt nicht unterworfen, C.P.O. § 860. Das Gesammtgut kann daher nur als Ganzes einer Konkursmasse angehören und das kann nur die Konkursmasse des Mannes sein. Wird während der Dauer des Konkurses die Gütergemeinschaft aufgelöst, ohne daß Fortsetzung der Gütergemeinschaft eintritt, so kann die Ehefrau oder deren Rechtsnachfolger Auseinandersetzung fordern, B.G.B. § 1471. Aber in der Lage des Konkurses wird dadurch nichts geändert, da bei der Auseinandersetzung zunächst die Gesammtgutsverbindlichkeiten zu berichtigen sind und auch insoweit, als diese Verbindlichkeiten im Verhältnisse der Ehegatten zu einander der Frau nicht zur Last fallen, doch die zur Befriedigung aller Verbindlichkeiten des Mannes bestimmte Masse nicht herausgegeben zu werden braucht, B.G.B. § 1475. Mit der Beendigung der Gütergemeinschaft erlischt zwar auch die Haftung des Ehemannes für solche als Gesammtgutsverbindlichkeiten geltende Verbindlichkeiten der Frau, die im Verhältnisse der Ehegatten zu einander nicht dem Gesammtgute zur Last fallen, B.G.B. §§ 1459 Abs. 2, 1463–1465. Daraus folgt aber auch nur, daß das zum Gesammtgute nicht gehörige Vermögen des Mannes (B.G.B. §§ 1439, 1440) innerhalb der Konkursmasse gesondert werden muß, um nur zur Befriedigung solcher Gläubiger zu dienen, denen der G.Schuldner noch persönlich haftet. Vgl. Anmerkung 28 zu § 1. Was davon vertheilt ist, bleibt vertheilt, sowie der Ehemann nach Auflösung der Gemeinschaft die von ihm vorher darauf geleistete Zahlung nicht zurückfordern kann.

2) Die Vorschrift des Abs. 3 über die **fortgesetzte Gütergemeinschaft** entspricht nur dem B.G.B. § 1487 Abs. 1. Werden dessen Vorschriften, wie es nach dem Preuß. Ausf.Ges. zum B.G.B. Art. 51 § 6 Abs. 2 geschieht,, auf die fortgesetzte Gütergemeinschaft für anwendbar erklärt, die landesgesetzlich zwischen einem überlebenden Ehegatten und anderen Personen als den gemeinschaftlichen Abkömmlingen eintritt, so finden die Vorschriften des Abs. 1, 2 ihrem Grunde nach mit entsprechender Aenderung der in Abs. 3 bestimmten Maßgabe gleichfalls Anwendung. Vgl. noch § 236.

3) **Für Gütergemeinschaften, die nicht unter die Vorschriften des B.G.B. fallen,** bleiben die bisherigen Gesetze in Kraft, Einf.G. z. K.O.Nov. Art. VI. Es sind dies namentlich alle fortgesetzten Gütergemeinschaften, die aus am 1. Januar 1900 nicht mehr bestehenden Ehen hervorgegangen sind. Soweit eine Auseinandersetzung gefordert werden kann, finden wie bisher die Vorschriften der §§ 16, 51 Anwendung.

§ 3 (2).

Die Konkursmasse dient zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller persönlichen Gläubiger, welche einen zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens begründeten Vermögensanspruch an den Gemeinschuldner haben (Konkursgläubiger).

Unterhaltsansprüche, die nach den §§ 1351, 1360, 1361, 1578—1583, 1586, 1601—1615, 1708—1714 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gegen den Gemeinschuldner begründet sind, sowie die sich aus den §§ 1715, 1716 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ergebenden Ansprüche können für die Zukunft nur geltend gemacht werden, soweit der Gemeinschuldner als Erbe des Verpflichteten haftet.

E. I. 5. P. 3. — Abs. 2 K.O.N.

Digitized by Google

1. Bestimmung der K.Masse.
2. Konkursgläubiger.
3. Persönliche Forderung.
4. Vermögensanspruch.
5. Klagbarer Anspruch.
6. Grund des Anspruchs.
7. Bestehen des Anspruchs zur Zeit der K.Eröffnung.
8. Interesseforderung.
9. Bedingte Ansprüche.
10. Wiederkehrende Leistungen.
11. Gesetzliche Unterhaltsansprüche.
12. Gesetzliche Unterhaltsansprüche nach früherem Recht.
13. Andere Ansprüche auf Unterhalt.
14. Gerichtskosten.
15. Ausschluß von Forderungen durch Willenserklärung.

1) Die **Bestimmung der Konkursmasse**, zur gemeinschaftlichen Befriedigung für alle Konkursgläubiger zu dienen, bezeichnet die insbesondere für die Verwaltung der Masse und die Regreßansprüche der K.Gläubiger gegen den Verwalter (§ 82) maßgebende Grundlage des Verfahrens. Der Ausdruck „die K.Masse dient" bedeutet nach der Sprache der Justizgesetze und, da eine gesetzliche Vorschrift gegeben werden soll, „sie soll dienen, sie soll zu dem bestimmten Zwecke verwendet werden."

2) Während die §§ 1, 2 die objektive Seite des Konkursanspruchs der K.Gläubiger bestimmen, begrenzen die §§ 3—5 die subjektive Seite der Gläubiger, denen als **„Konkursgläubigern"** der Anspruch hinsichtlich der K.Masse zusteht. Die Konkursgläubiger im Sinne des § 3 und des K.Zwecks sind alle Gläubiger, welche befugt sind, am K.Verfahren behufs gemeinschaftlicher Befriedigung nach Maßgabe der K.O. Theil zu nehmen, ohne Rücksicht auf ihre wirkliche Theilnahme. Mot. 26. Entgegen der Zweckbestimmung des § 3 können allerdings solche, die nach § 3 begrifflich nicht K.Gläubiger sein sollen, thatsächlich als solche sich melden und auch eine Theilnahme als solche erlangen; sowie Andere, die wirklich als K.Gläubiger auftreten können, dies unterlassen. Auf den Zweckbegriff des § 3 hat dies keinen Einfluß. Die thatsächliche Anmeldung Unberechtigter kann nur dazu führen, daß Anmeldungen, welche nicht unter § 3 fallen, abzulehnen sind; indeß, wenn sie dennoch festgestellt sind, so sind auf sie auch die für alle K.Gläubiger gegebenen Vorschriften anwendbar, § 145 Abs. 2. Andererseits sind die für alle K.Gläubiger gegebenen Vorschriften auch auf diejenigen anwendbar, die unter § 3 fallen, aber sich am Verfahren nicht betheiligen, §§ 12, 14, 197. Welche der Vorschriften der K.O. sich auf alle theilnahmeberechtigten K.Gläubiger (de jure) oder nur auf die thatsächlich betheiligten bez. festgestellten Gläubiger beziehen, ist allerdings im Einzelnen zu entscheiden. Oetker 1, 10, 124 ff., 264, 374 hat mit Recht die Nothwendigkeit der Unterscheidung hervorgehoben; indeß für die, von ihm gewünschte Einführung einer neuen Terminologie von „konkurrirenden Gläubigern" für Liquidanten, für die Theilnahmebefugniß in unbedingter oder resolutiv bedingter Weise tabellarisch festgestellt ist, ist ein Bedürfniß nicht vorhanden, zumal da gerade deren Rechtsstellung im Konkurse durch die K.O. genügend präzisirt ist, und die sonstige Präzisirung für die K.Gläubiger und das Verfahren bis zu solcher Feststellung durch eine Namensunterscheidung nicht gefördert wird.

3) Der § 3, ergänzt durch §§ 63, 69, bestimmt die Voraussetzungen der K.Gläubigerschaft. Ob diese Voraussetzungen vorhanden sind, ist nach dem in den Rechtsbegriffen des § 3 vorausgesetzten und in dieser Beziehung nicht geänderten bürgerlichen Rechte zu beurtheilen. Demnach muß die Forderung eine **„persönliche" Forderung** an den **„Gemeinschuldner"**, also eine obligatorische, eine Schuldforderung sein und als solche geltend gemacht werden. Zu den K.Gläubigern gehören daher nicht diejenigen, die ein Recht auf „Aussonderung" der nicht zur K.Masse gehörigen Sachen und Rechte geltend machen, Tit. 4; auch nicht diejenigen, die ein Recht auf „abgesonderte" Befriedigung aus einzelnen Gegenständen der K.Masse beanspruchen, soweit sie nur dies Recht verfolgen. § 4 und Tit. 5. Sofern Absonderungsberechtigte zugleich eine persönliche Forderung an den G.Schuldner haben, können sie diese nach näherer Vorschrift des § 64 als K.Gläubiger geltend machen.

4) Die Forderung muß ein **„Vermögensanspruch"**, d. h. ein auf Erfüllung aus dem Vermögen begründeter Anspruch, und ferner gemäß § 69 „auf Geld gerichtet oder in eine Geldforderung verwandelt sein oder wenigstens in Geld geschätzt oder verwandelt werden können", und in der That in ihrem Geldschätzungswerthe geltend gemacht werden. Ansprüche auf Leistung von Handlungen können als solche überhaupt nicht im Konkurse geltend gemacht werden, weder auf Handlungen, welche von der Person

Digitized by Google

des Schuldners untrennbar (nicht vertretbar) sind (Mot. 25), noch auf vertretbare Handlungen, sofern die Handlung selbst verlangt wird. Sie können (für vertretbare und nicht vertretbare) aber als Grund für Interesseforderungen in Betracht kommen; und der Anspruch auf vertretbare Handlungen stellt von vornherein gemäß C.P.O. § 773 einen bedingten Anspruch auf die Kosten der Leistung durch einen Dritten dar. Fitting § 8 zu I.; Oetker I, 136 ff. Ueber Ansprüche auf Sicherstellung vgl. Anm. 2 zu § 67.

5) Vorausgesetzt ist ferner, daß der **Anspruch an sich klagbar** geltend gemacht werden kann. Die s. g. natürlichen (nicht klagbaren) Verbindlichkeiten begründen keinen „Vermögensanspruch" (Windscheid §§ 287—289), also auch keine K.Forderung, wenngleich sie im Konkurse zur Kompensation geltend gemacht werden können. — Dagegen erfordert § 3 nicht, daß für den Vermögensanspruch bereits ein konkretes Klagerecht vorhanden sein muß; die an sich, wenngleich nicht sofort klagbaren Ansprüche können als K.Forderungen geltend gemacht werden ohne Rücksicht auf ihre Beschränkung durch spätere Fälligkeitszeit (§ 65) oder durch Bedingungen (§§ 66, 67, 154 ff., 168), vgl. P. § 15, R.O.H. 7, S. 345. Vgl. indeß nachsteh. zu 7—14.

6) Ob der **Grund** des Vermögensanspruchs in dem sog. Sachen- oder Obligationenrechte, im Erbrechte oder auch im Familienrechte beruht, macht (gegen Meisner S. 25, 26) keinen Unterschied; ebenso nicht, ob er auf privatrechtlichem oder öffentlich rechtlichem Grunde beruht. Für den Konkurs, der das Vermögen des G.Schuldners unter seine Gläubiger vertheilen soll, ist nur entscheidend, ob der Anspruch objektiv gegen die Vermögensrechte des G.Schuldners gerichtet ist. Ein Anspruch, der auf mehreren Rechtsgründen beruht, kommt natürlich nur als einheitlicher in Betracht; ist vom G.Schuldner für eine Forderung ein Wechselaccept gegeben, so kann nicht die Wechselforderung neben der realen Forderung nochmals geltend gemacht werden, soweit nicht die Existenz des Wechsels besondere Nebenforderungen veranlaßt hat. Ganz ausgeschlossen sind die im § 63 bezeichneten Vermögensansprüche.

7) Die Forderung muß weiter, um K.Forderung zu sein, „ein **zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens begründeter** Vermögensanspruch" sein. Erforderniß ist „das Bestehen der Forderung, nicht blos eines Schuldverhältnisses zur Zeit der Eröffnung", also nicht die bloße Möglichkeit der Entstehung eines Anspruchs aus einem Schuldverhältnisse. Ebenso gehört nicht zu den K.Forderungen eine bereits, wenn auch nur vorläufig getilgte Forderung eines Gläubigers des G.Schuldners, wenn sie auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urtheils beizutreiben ist und als Rechtsstreit bei der K.-Eröffnung in der höheren Instanz schwebt. Dies ist namentlich für die Frage, ob eine solche Forderung den Wirkungen des Zwangsvergleichs unterliegt, von Bedeutung. **RG. 39**, 105. — Ferner: aus dem Verluste des Verfügungsrechts des G.Schuldners (§ 6) folgt, daß eine Forderung, soweit sie erst nach diesem, also nach Eröffnung des Verfahrens durch eine Handlung des G.Schuldners entstanden, umgestaltet oder vollendet worden ist, von der Theilnahme an der Masse ausgeschlossen werden muß." Mot. 26. Ausgeschlossen sind alle Forderungen unter einer aufschiebenden Bedingung, deren Erfüllung auf eine Thätigkeit des G.Schuldners gestellt ist; denn „jede Rechtshandlung, welche der G.Schuldner nach der K.Eröffnung vornimmt, ist in Bezug auf die K.Gläubiger nichtig (richtiger „unwirksam" § 7); die Erfüllung der Bedingung durch ihn vermag daher eine K.Forderung nicht zu erzeugen". Mot. 279. Die Masse kann durch eine spätere Thätigkeit des G.Schuldners wachsen (Anm. 4 zu § 1), jedoch nicht durch eine neue Schulden schaffende Thätigkeit des G.Schuldners zum Schaden der damaligen Gläubiger gemindert werden. Dies gilt, soweit die Thätigkeit des G.Schuldners eine Rechtshandlung im Sinne des § 7 ist, da der § 7 sowohl für dessen Handlungen zur Veränderung der Passivmasse, als für solche, die über die Aktivmasse verfügen, die Wirkungslosigkeit bestimmt. Die Folgen von Handlungen, die der Verwalter an Stelle des G.Schuldners vornimmt und die Folgen einer Unthätigkeit sind davon nicht betroffen. Die Beschränkung, daß bedingte Forderungen nur dann nicht K.Forderungen seien, wenn die Erfüllung sachlich als eine auf Begründung der Forderung gerichtete Willenserklärung betrachtet werden müßte (Fitting

Digitized by Google

§ 8 zu Anm. 24; Völderndorff Anm. 3 zu § 67; Oetker 1, 156), ist gegenüber dem § 7, welcher jede Rechtsänderung durch eine Rechtshandlung des G.Schuldners betrifft, zu eng. Vgl. dagegen Sarwey-Bossert Anm. 1 zu § 67 und Petersen-Kleinfeller Anm. 3 zu § 67.

Insofern dagegen eine schon vor der Eröffnung begründete Forderung ohne Zuthun des G.Schuldners erst später hinsichtlich der Art und der Höhe (in quali et quanto) festgestellt oder erst später perfekt werden kann und wird, ist sie immerhin als K.Forderung zu berücksichtigen. Mot. 26 Prot. 8. Es schadet daher nichts, wenn zur Zeit der K.Eröffnung auch noch nicht alle Faktoren zur Berechnung eines Schadensumfangs für einen vor der Eröffnung begründeten Schadensanspruch feststanden, Oetker 1, 149. Das Vorhandensein des ohne fernere Thätigkeit des G.Schuldners genügenden Grundes der Forderung zur Zeit der K.Eröffnung ist nöthig; aber auch hinreichend, ohne Rücksicht ob der Anspruch zu dieser Zeit bereits fällig und konkret klagbar, oder durch Bedingungen beschränkt ist, §§ 65–67, 154 ff., 168; P. 15; R.O.H. 7, 345.

8) Hieraus folgt, daß **Interesseansprüche** für vertretbare Handlungen (vgl. vorst. zu 4) nicht blos dann K.Forderungen sind, wenn zur Zeit der K.Eröffnung die Umwandlung in einen Kosten- oder Interesseanspruch (C.P.O. §§ 887, 893) schon erklärt oder erfolgt ist, sondern in allen Fällen. Ebenso ist der Anspruch für alle Handlungen da, wo nach bürgerlichem Rechte der Gläubiger beim Unterbleiben der Erfüllung ein Interesse fordern kann, als bedingte K.Forderung anzusehen. Die Begrenzung bei Sarwey Anm. 2 Nr. 4 und Völderndorff S. 100 ist zu eng; auch der Anspruch auf Leistung einer Handlung, welche im Sinne des § 888 C.P.O. von einem Dritten nicht vorgenommen werden kann, kann eine Interesseforderung begründen. Insofern aus der mora des G.Schuldners Ansprüche für eine als zur Zeit der K.Eröffnung unbedingt beanspruchte Forderung geltend gemacht werden sollen, muß die mora als Grund des Anspruchs zur Zeit der K.Eröffnung schon eingetreten sein. Vgl. R.O.H. 22, 273. Sofern eine Forderung auf Interesse (oder Conventionalstrafe) als eine durch ein späteres Eintreffen oder Nichteintreffen eines Ereignisses oder einer Handlung bedingte K.Forderung in Frage ist, ist allerdings auch eine spätere mora des G.Schuldners von Einfluß, da sie nicht in einer Rechtshandlung (§ 7), sondern in der Unterlassung beruht. RG. 21, 5; 26, 92; vgl. Anm. 2 zu § 62. — Ebenso sind nach dem Obigen zu den K.Forderungen solche Forderungen zu rechnen, die zu ihrer Vollendung nur eine mit Rechtswirkung zulässige Thätigkeit eines Andern, als des G.Schuldners erfordern; so der Anspruch aus einem, vom G.Schuldner vor der Eröffnung gegebenen Blanko-Accept, dem der Gläubiger erst nachher seine Unterschrift als Trassant beifügt. Mot. 26. RG. 8, 57; 11, 8; R.O.H. 21, 324, 327; Strieth. 60, 292; Petersen-Kleinf. Anm. IV, 12. A.M. Oetker 1, 152.

9) Allgemein sind zur Zeit der K.Eröffnung begründete K.Forderungen sowohl die Forderungen, deren Wiederbeseitigung vom Eintritte einer **auflösenden Bedingung** abhängt, vorbehaltlich der Sicherung der K.Masse für den Fall der Beseitigung, §§ 66, 168 Nr. 4; als auch Forderungen, deren Wirksamkeit von einer **aufschiebenden Bedingung** abhängt, sofern diese nicht vom G.Schuldner zu erfüllen ist, §§ 67, 154. Zu solchen bedingten Forderungen gehören auch die Rückgriffsrechte von Bürgen und Mitschuldnern und die bedingten Forderungen im Wechselverkehr. Zur Zeit der K.Eröffnung entstanden, wenngleich nur bedingt, ist der civilrechtliche Anspruch des Acceptanten, der für den G.-Schuldner aus Gefälligkeit vorher einen Wechsel acceptirt hat und erst nachher ihn einlöst (RG. 35, 26, Strieth. 44, 173), ebenso der Anspruch eines Indossanten, der einen vor der K.Eröffnung von ihm begebenen und vom G.Schuldner acceptirten Wechsel zufolge seiner eigenen Regreßpflicht nach der K.Eröffnung wieder eingelöst hat. Anm. 1 zu § 67, Anm. 2, 6 zu § 54. Maßgebend als Zeit der Entstehung ist für die Ansprüche gegen den Aussteller eines (eigenen oder gezogenen) Wechsels die Zeit der Ausstellung (nicht unbedingt das Datum des Wechsels); für Ansprüche gegen Indossanten die Zeit der Indossirung, für Ansprüche gegen den Acceptanten eines gezogenen Wechsels die Zeit der Acceptirung. Fallen diese maßgebenden Entstehungszeiten vor die K.Eröffnung, so ist der Anspruch des legitimirten Wechselinhabers entstanden, auch ohne Rücksicht, ob der geltend machende

Digitized by Google

Wechselinhaber selbst oder ein früherer Inhaber (Remittent oder Indossant) zur Zeit der K.Eröffnung den Wechsel hatte, da durch das Indossament alle Rechte aus dem Wechsel auf den Indossatar übergehen, Wechs.O. Art. 10, R.O.H. 24, 1. Vgl. Strieth. 39, 136; 36, 130; 52, 303; dagegen Strieth. 23, 321. Obtr. 45, 204. R.O.H. 17, 336, 406.

10) Ob bei **periodisch wiederkehrenden Leistungen,** Renten u. dergl., zu denen der G.Schuldner verpflichtet ist, die erst nach der K.Eröffnung fällig werdenden Raten als K.-Forderungen zu gelten haben, hängt nach Obigem davon ab, ob das Recht darauf zur Zeit der K.Eröffnung schon derartig bestand, daß die einzelnen Raten nur betagte Leistungen desselben Gesammtanspruchs sind bez. nur von Suspensivbedingungen abhängen, die der G.Schuldner nicht zu erfüllen hat und die auch nicht nur dem G.Schuldner persönlich gegenüber zu erfüllen sind, oder ob der Anspruch auf die einzelnen Leistungen, wenngleich auf Grund desselben Schuldverhältnisses, jedesmal durch besondere Voraussetzungen der Zukunft erst erworben werden muß. Die Dienstvergütungen, Pacht- und Miethzinsen werden als Aequivalent der Dienste oder der Benutzung durch deren Leistungen erst begründet, RG. 1, 348. Der Anspruch auf Zinsen, die für den Gebrauch des Geldes oder der Sache bez. für die Versäumung der Zahlung zu zahlen sind (A.L.R. I. 11 §§ 803, 868, 109, 110; I. 16 § 64), entsteht demgemäß erst mit dem jedesmaligen Zeitablaufe von Neuem. Hinsichtlich aller Zinsen nach der K.Eröffnung ist durch § 63 N. 1 die Unzulässigkeit der Geltendmachung positiv vorgeschrieben.

11) Durch den zweiten Absatz sind die Streitfragen, ob und in welchem Umfange die **gesetzlichen Ansprüche auf Gewährung von Unterhalt für die Zukunft** zu den Konkursforderungen gehören, auf der Grundlage der Vorschriften des B.G.B. entschieden. Die Verpflichtung zur Gewährung des Unterhalts an Verwandte und Ehegatten erlischt im Allgemeinen mit dem Tode des Verpflichteten, durch den das verpflichtende Verhältniß gelöst wird, B.G.B. §§ 1615, 1360. Die Haftung des Erben tritt gemäß dem dabei gemachten Vorbehalt nur für solche im Voraus zu bewirkende Leistungen ein, die zur Zeit des Todes des Verpflichteten fällig waren. Für die Bestimmung dieser Leistungen kommt in Betracht, daß nach §§ 1612, 760 der Unterhalt von Verwandten, abgesehen von unverheiratheten Kindern, regelmäßig durch Entrichtung einer auf je drei Monat im Voraus zahlbaren Geldrente zu gewähren ist, und auch bei Ehegatten, die getrennt leben, nach § 1361 die gleiche Art der Unterhaltsgewährung eintritt. Die vor der Konkurseröffnung fällig gewordene Geldrente ist also als Konkursforderung auch insoweit geltend zu machen, als die drei Monate, für die sie bestimmt ist, in die Zeit nach der Konkurseröffnung fallen.

Die Verpflichtungen zur Gewährung des Unterhalts an einen geschiedenen Ehegatten, an den Ehegatten, dessen Ehe wegen des Fortlebens eines früheren, für todt erklärten Ehegatten angefochten ist, und an ein uneheliches Kind erlöschen nicht mit dem Tode des Verpflichteten, §§ 1582, 1351, 1712 B.G.B. In den Fällen der §§ 1582, 1351 (Ansprüche der Ehegatten) tritt mit dem Tode des Verpflichteten nach § 1582 Abs. 2 eine Aenderung der Verpflichtungen insofern ein, als die Rücksicht auf den eigenen Unterhalt des Schuldners wegfällt, dagegen die Rente auf die Hälfte der Einkünfte aus dem Vermögen des Schuldners ermäßigt wird. Damit wird der Anspruch selbst für den Fall des Konkurses regelmäßig werthlos. Dasselbe ist auch von dem Anspruche des unehelichen Kindes zu sagen, da es mit Gewährung eines Pflichttheils abgefunden werden kann, B.G.B. § 1712 Abs. 2. Die Rechte auf Fortgewährung des Unterhalts können ebenso wie im Konkurse des Erben des Verpflichteten auch im Konkurse über den Nachlaß des Verpflichteten geltend gemacht werden. Im Konkurse über das Vermögen des Verpflichteten können auch diese auf dessen Erben übergehenden Verpflichtungen für die Zukunft nicht geltend gemacht werden, auch nicht, soweit sie vor der Konkurseröffnung fällig geworden sind. Der Ausschluß der Forderungen auf Gewährung des Unterhalts für die Zukunft hat zugleich die Bedeutung, daß die Berechtigten ihre Befriedigung unbeschränkt aus dem neu erworbenen Vermögen des Schuldners suchen können und durch Zwangsvergleich nicht betroffen werden.

12) Nach dem **früheren Rechte** ist es streitig, ob gesetzliche **Alimentationsansprüche**

Digitized by Google

an den G.Schuldner K.Forderungen sind. Als direkte Entscheidung der K.O. sind hinsichtlich der Ansprüche der „Familie" des G.Schuldners die Vorschriften darüber anzusehen, ob und unter welchen Bedingungen die Familienglieder Unterhalt oder Unterstützung aus der K.Masse erhalten sollen oder können, §§ 129, 132, sowie früher § 1 Abs. 2, C.P.O. § 850 Nr. 3. Durch diese Vorschriften ist ausgeschlossen, daß die Angehörigen der „Familie" in anderem Umfange oder in anderer Weise als K.Gläubiger Alimentationsansprüche geltend machen können. Sie können also auch nicht eine Sicherstellung oder Reservirung eines Theils der K.Masse für künftige Unterhaltung fordern. Concursus non alit infantes. Petersen-Kleinfeller 3. Aufl. Anm. III zu 5; Sarwey-Bossert Anm. 2 Nr. 3; Stieglitz Anm. VI Nr. 5; Hullmann S. 63; Wengler S. 75; Völderndorff 1, 109. Abw. Oetker 1, 359. Die geschiedene Frau des G.Schuldners gehört nicht mehr zu seiner Familie, und finden hinsichtlich ihrer Ansprüche daher überhaupt die sonstigen allgemeinen Grundsätze Anwendung.

Hinsichtlich sonstiger gesetzlicher Alimentationsansprüche ist eine Entscheidung in der K.O. nicht ausgesprochen. Sie ist (mit Mot. 25), wie alle Voraussetzungen des § 3, aus dem bürgerlichen Rechte nach den vorstehenden allgemeinen Grundsätzen zu treffen. Für die gesetzliche Alimentationsverpflichtung gegenüber den Verwandten außerhalb der „Familie" (vgl. §§ 129, 132) ist zu berücksichtigen, daß zwar das veranlassende Familienverhältniß schon vorher bestanden hat, die Forderung aber nur gegen einen zur Alimentation Dritter vermögenden Schuldner und auch gegen diesen nur mit dem jedesmaligen Eintreten des Bedürfnisses für den zu Alimentirenden entsteht. RG. 4, 154. Dessen Ansprüche für künftige Alimentirung nach der K.Eröffnung sind also nicht als K.-Forderungen geltend zu machen. Vgl. Günther Konk. S. 23, Seuffert Arch. 10 Nr. 262, 324, Goltd. S. 73, Wengler S. 75, preuß. A.L.R. II. 3 §§ 14 ff., 19, II. 2 §§ 251 ff., Obtr. 23, 297; Eccius 1, § 118 zu 4 und 4, § 239; Fitting § 8 zu V; Stieglitz und Petersen a. a. O. Daß nach der preuß. Deklar. v. 21. Juli 1843 G.S. S. 296 das Unvermögen nur als Einwendung des Beklagten geltend zu machen, und nicht sein Vermögen vom Bedürftigen nachzuweisen ist, entscheidet nur positiv über die Beweislast für einen Theil der Voraussetzungen vgl. RG. 4, 154. Abw. Endemann S. 488 ff. für Begründung durch Entstehung des Verhältnisses. — Eine Urtheilsentscheidung, die lediglich die allgemeine Alimentationspflicht bestimmt, ändert hierin nichts, da sie nur das zur Begründung der Forderung noch nicht genügende Schuldverhältniß feststellt und die für die konkrete Forderung nöthige gesetzliche Voraussetzung des Bedürfnisses und des Vermögens dabei bestehen bleibt. Auch ein Urtheil, durch das dem Unterhaltsberechtigten bestimmte Beträge zugesprochen sind, kann regelmäßig nicht so verstanden werden, daß damit das Bedürfniß des Berechtigten und das Leistungsvermögen des Verpflichteten für alle Zeit festgelegt und ein auf Aenderung der maßgebenden Verhältnisse zu stützender Einwand gegen den festgestellten Anspruch (C.P.O. § 767) ausgeschlossen sein soll. Vgl. Kohler S. 323, Fitting § 8 Anm. 29, Petersen-Kleinfeller 3. Aufl. Anm. IV. 5.

Die einem außerehelichen Kinde gegen den außerehelichen Vater zustehenden Unterhaltsansprüche werden sehr verschieden beurtheilt. Nach dem preuß. A.L.R. II. 2 §§ 612 ff. ist Bedürfniß des Kindes selbst dann nicht Voraussetzung, wenn die Mutter des Kindes vermögend ist, ebensowenig Vermögen des Verpflichteten. Nach einer Meinung soll der Anspruch durch die Geburt des Kindes ein für allemal entstanden sein, nur bedingt durch das Fortleben des Kindes, im Sinne des § 69 dem Umfange nach unbestimmt, dem Zwangsvergleiche unterworfen. Strieth. 70, 90, Eccius 4, § 228 Anm. 21, Endemann S. 438. Abw. Stieglitz, Petersen zu § 2 a. F.; ferner Jul. Meyer, Kaff.K. 34, 605 (kein Recht im Konkurse, weil die Blutsverwandtschaft Grund des Anspruchs und entsprechendes Vermögen des G.Schuldners Voraussetzung sei); Kohler S. 324 (sofern die Rechtsordnung ein Verwandtschaftsverhältniß statuire, gebe dies als Familienverhältniß kein Recht im Konkurse, anderenfalls liege ein Anspruch ex delicto vor); Sarwey-Bossert Anm. 2 Nr. 3 (wie Kohler, indeß nur ein Quasidelikt annehmend). Für das Preuß. Recht ist der Meinung von Meyer zuzustimmen, da die Vaterschaft der Grund des immer wieder entstehenden

Digitized by Google

Anspruchs, freilich das Vermögen des Vaters nicht Voraussetzung, sondern nur natürliche Begrenzung ist. Dieser Grund der Verpflichtung kann durch Zwangsvergleich nicht abgeschwächt werden und daraus ist rückwärts zu schließen, daß die Forderung des Unterhalts für die Zukunft nicht Konkursforderung sein kann. Ueber die Praxis in Sachsen vgl. Wengler S. 75, 76.

13) Die auf **letztwilligen Verfügungen** Anderer (nicht des G.Schuldners, vgl. § 63 Nr. 4), auf **Verträgen** oder **Handlungen** beruhenden **Alimentationsverpflichtungen** entstehen durch die begründenden Verträge, Verfügungen und Handlungen und sind als betagte oder bedingte K.Forderungen anzusehen. Ob die Handlungen Delikte oder Quasidelikte sind oder ohne solchen Charakter die Verpflichtung begründen, ist für die Zeit der Begründung und somit für die Qualität als K.Forderung unerheblich. Die nach dem Reichshaftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871 (§ 7) als Ersatz für künftigen Unterhalt oder Erwerb zugebilligte Rente ist durch präsumirtes oder erweisliches Verschulden, §§ 1, 2 begründet und ist daher als Gesammtanspruch bedingte K.Forderung. Die Zulässigkeit der Aenderung der festgesetzten Rente, § 7 Abs. 2, hat nur auf den Umfang des Eintritts der Bedingung, nicht auf die Zeit der Begründung Einfluß; diese Bestimmung ist jedoch als besondere durch die Aenderungen des Haftpflichtgesetzes in Art. 42 des Einf.G. z. B.G.B. in Wegfall gekommen und durch C.P.O. § 323 verallgemeinert.

14) Die Forderung der Staatskasse für **Gerichtskosten** ist den obigen Grundsätzen entsprechend eine K.Forderung, wenn sie zur Zeit der K.Eröffnung begründet, obgleich noch nicht fällig war. Sie ist in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und in Strafsachen dadurch bedingt, daß Kosten einem Theile durch Entscheidung auferlegt oder von ihm durch eine Erklärung übernommen sind, Ger.Kost.G. v. 18. Juni 1878 §§ 86—88. Unabhängig davon entsteht die Pflicht zur Zahlung von Vorschüssen, die auch neben der durch Entscheidung entstehenden Verpflichtung eines Anderen bestehen bleibt, §§ 81, 83—85, 90. Die in Ermangelung einer anderen Verpflichtung eintretende Verpflichtung des Antragstellers, § 89, entsteht mit dem Akte, für den Kosten zu erheben sind, wenn sich auch erst später herausstellt, daß eine andere Verpflichtung nicht zur Entstehung gelangt. Die Rechtskraft des Urtheils, durch das Kosten auferlegt sind, hat (gegen Hullmann Anm. 7; Sarwey-Bossert Anm. 2 Nr 5; Stieglitz 6, 7) auch in Strafsachen nach § 96 a. a. O. nur auf die Fälligkeit der Kostenforderung Einfluß; und wenn nach § 497 Abs. 2 Str.P.O. der Nachlaß des Verurtheilten nicht für die Kosten haften soll, falls dieser vor eingetretener Rechtskraft stirbt, so tritt dadurch der Verpflichtung nur eine auflösende Bedingung hinzu; was der Eigenschaft einer K.Forderung ebenfalls keinen Eintrag thut. Die Entsch. d. Obertr. 43, 474, auf der preuß. K.O. beruhend, ist hierfür einflußlos. Vgl. Petersen-Kleinfeller 3. Aufl. S. 20. — Wegen des Anspruchs einer Partei auf Kostenerstattung vgl. § 62 Nr. 1 und Anm. dazu.

15) Nicht begrifflich, aber kraft der **Willenserklärung** sind von der Geltendmachung im Konkurse auch Forderungen auszuschließen, auf deren Geltendmachung im Konkurse der Gläubiger (z. B. durch Annahme eines Schuldscheins des Schuldners, daß er nach Beendigung seines Konkurses zahlen wolle) verzichtet hat, vgl. Petersen Raff.K. 38, 299; Vorb. 4 vor § 15.

§ 4 (3).

Ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung aus Gegenständen, welche zur Konkursmasse gehören, kann nur in den von diesem Gesetze zugelassenen Fällen geltend gemacht werden.

Die abgesonderte Befriedigung erfolgt unabhängig vom Konkursverfahren.

E. I. 4. P. 2. 38. 263.

1. Absonderungsrecht. | 2. Absonderungsverfahren.

1) Welche Gläubiger ein **Absonderungsrecht**, einen Anspruch auf abgesonderte Befriedigung aus einzelnen zur K.Masse gehörenden Gegenständen haben, ist in den §§ 47

Digitized by Google

bis 52 und E.G. §§ 11—17 bestimmt, von denen jedoch die §§ 14—16 in Folge der einheitlichen Regelung der Pfandrechte im B.G.B. und im H.G.B. durch das Einf.G. z. K.O.R. aufgehoben sind. Abs. 1 des § 4 schließt materiellrechtlich bestimmend alle anderen Gläubiger und ebenso eine künftige Landesgesetzgebung von einem Absonderungsrecht aus. Die vor dem 1. Oktober 1879 erworbenen Rechte, die als Absonderungsrechte nach der K.O. wirksam sind, sind auch für ein späteres K.Verfahren zu berücksichtigen. E.G. § 11. Die vor dem 1. Oktober 1879 erworbenen Pfand- und Vorzugsrechte, die als Absonderungsrechte nach der K.O. nicht wirksam sind, behalten nur insoweit noch eine Wirkung, als die Landesgesetzgebung innerhalb der Grenzen des E.G. §§ 12, 13 ihnen ein Vorrecht (nicht ein Absonderungsrecht) bewilligt.

Im Gegensatze zu den Aussonderungsberechtigten, von denen Sachen oder Rechte beansprucht werden, die nicht zur K.Masse gehören, beanspruchen die Absonderungsberechtigten Rechte an „Gegenständen, die zur K.Masse gehören". Im Gegensatze zu den K.Gläubigern, auch den bevorrechtigten, die ihr Recht gegen die gesammte K.Masse geltend machen, beanspruchen die Absonderungsberechtigten ein im Umfange ihrer Rechte die K.Gläubiger und die K.Masse ausschließendes Recht an einzelnen Massegegenständen, so daß sie aus diesen vor allen K.Gläubigern, sowie vor den Massegläubigern, zu befriedigen sind. RG. 10. April 1894, J.W. 263.

2) Das **Verfahren** behufs der Befriedigung der Absonderungsberechtigten ist vollständig aus dem K.Verfahren ausgeschieden. Die K.O. läßt auch die für die abgesonderte Befriedigung haftenden Gegenstände äußerlich nicht als „Sondermassen" absondern, sondern beläßt sie als Theil der K.Masse. Es giebt blos *eine* K.Masse. Abgesondert ist nur das Verfahren zur Befriedigung. Die Pfandstücke gehören dem G.Schuldner und zur K.Masse; die Realgläubiger haben ihre Ansprüche daher gegen den Verwalter der Masse geltend zu machen; der nach Berichtigung der Ansprüche verbleibende Rest ist von ihm für die Masse verwendbar zu machen. Mot. 30, 31.

Die praktische Behandlung der einem Absonderungsrechte unterworfenen Gegenstände gestaltet sich nach der K.O. folgendermaßen:

I. Wenn der Absonderungsberechtigte seinen Anspruch *geltend* macht: Der Verwalter hat an Stelle des G.Schuldners dessen Verpflichtungen gegen die Absonderungsberechtigten insoweit zu erfüllen, als er ihnen die Befriedigung aus den Gegenständen nach dem Maße ihrer Rechte, wie wenn kein K.Verfahren schwebte, gestatten muß, sofern er nicht durch Uebereinkommen oder Befriedigung deren Ansprüche beseitigt. Daß der Gläubiger, der sein Absonderungsrecht gegen den Verwalter geltend macht, zugleich mit Anträgen auf Arrest oder einstweilige Verfügung vorgeht, ist nicht nöthig. RG. 10. April 1894, J.W. 263. Die Berechtigten können gegen den Verwalter auf Feststellung ihrer Ansprüche klagen, ihre Befriedigung durch Zwangsvollstreckung in die betroffenen Gegenstände verfolgen, auch soweit sie dazu gegen den G.Schuldner berechtigt wären, durch außergerichtliche Veräußerung. Da das Verfahren außerhalb des Konkurses fällt, so beantworten sich auch nach den außerhalb des Konkurses geltenden allgemeinen Vorschriften die Fragen, ob sie auf Grund eines exekutivischen Titels oder schon auf Grund des Verzuges, ob sie gerichtlich oder außergerichtlich, sofort oder erst nach Fristen Befriedigung suchen können. Die für K.Forderungen gegebenen Vorschriften der §§ 65—67, insbesondere das Eintreten der Fälligkeit betagter Forderungen finden für diese Ansprüche, soweit sie nicht als K.Forderungen geltend gemacht werden, keine Anwendung. Soweit Rechte auf außergerichtlichen Verkauf auf Uebernahme der Sachen zu bestimmten Preisen oder zum Taxpreise (oder nach früherem Recht durch ein pactum commissorium) gültig begründet sind, bleiben sie als Bestandtheile des dinglichen Rechts in Kraft. Vgl. BGB. §§ 1219—1221, 1228, 1230, 1233—1240, 1282, 1291, 1293, 1295, HGB. § 368 (früher Art. 310), Binnenschifffahrtsgesetz (Fassung 1898) §§ 26, 89, nach denen der außergerichtliche Verkauf des Pfandes die Regel bildet, I. 16 § ult. D. de pign. 20, 1. I. 81 pr. D. de contr. emt. 18. 1. Code civ. 2078. Pr.A.L.R. I. 20 §§ 29—34, Obtr. 15, 249; 65, 38; 67, 183, R.O.H.G. 7, 65. Die Berechtigten bleiben im Besitze des Pfandes und brauchen sich im Konkurse nicht zu

Digitized by Google

melden, um aus den ihnen haftenden Objekten ihre Befriedigung zu erlangen; sie sind für diesen Anspruch nicht K.Gläubiger und nehmen an deren Beschlüssen und Abstimmungen nicht Theil; die für ihre Ansprüche eingeleiteten Zwangsvollstreckungen haben, durch den Konkurs nicht beeinflußt, ihren Fortgang. Anm. 5 zu § 14.

Das zur Befriedigung der Berechtigten dienende Verfahren, sowohl ein Prozeß zwischen ihnen und dem Verwalter, als eine Zwangsvollstreckung und eine Befriedigung durch Selbsthülfe oder durch andere Behörden, soweit solche zulässig ist, wird, weil vom K.Verfahren „unabhängig", nicht durch das K.Gericht geleitet, sondern erfolgt vor den Behörden, die auch dann zuständig sind, wenn kein Konkurs schwebt.

Soweit jedoch die Gegenstände oder deren Werth zur Befriedigung der Berechtigten nicht nöthig sind, gehören sie zur Befriedigung der K.Gläubiger wie die übrige K.Masse. Aus diesem Grunde müssen sich die Berechtigten gefallen lassen, daß der Verwalter selbst den Zwangsverkauf veranlaßt, §§ 120, 127. Mot. 29, 30, 347. Der Verwalter ist indeß nicht verpflichtet, hinsichtlich der Absonderungsgegenstände irgend etwas zu veranlassen, Anm. 1 zu § 126. Er kann, wenn er es im Interesse der Masse rathsam findet, durch Befriedigung der Berechtigten die Gegenstände einlösen, § 123 Nr. 2. Er ist, wenn das Absonderungsrecht geltend gemacht wird, dafür verantwortlich, daß der Erlös der davon betroffenen Gegenstände nicht ohne Beachtung des Absonderungsrechts für andere Zwecke verwendet wird, RG. 33, 116.

II. Wenn der Absonderungsberechtigte einen Anspruch auf abgesonderte Befriedigung nicht erhebt, so erfolgt keinerlei Absonderung. Der Verwalter hat das Objekt wie die anderen Gegenstände der K.Masse zu verwalten und zu verwerthen. Die Pfand- und Absonderungsrechte geben keine Veranlassung, von Amtswegen die Gegenstände abzusondern und die abgesonderte Befriedigung zu bewirken. Mot. 30. Die Berechtigten haben selbst ihre Ansprüche durch die gesetzlichen Mittel geltend zu machen; der Verwalter braucht dafür nicht zu sorgen und die Absonderungsrechte nicht von Amtswegen zu berücksichtigen, RG. 13. März 1889, J.W. 170. Der Verwalter kann daher die Mieth- und Pachtzinsen für die Pfandobjekte einziehen, soweit der G.Schuldner selbst nicht durch Zwangsverwaltung daran gehindert ist, RG. 23, 54. Er mag den Gegenstand mit der in Folge des Absonderungsrechts darauf ruhenden Belastung veräußern; aber er kann auch die Gegenstände, wenn das Absonderungsrecht nicht geltend gemacht wird, ohne dessen Berücksichtigung veräußern, RG. 25, 22; er wird dadurch, auch wenn ihm das Recht bekannt war, nicht persönlich dem dem Berechtigten haftbar. Der Berechtigte hat dann aber einen Anspruch an die Masse; §§ 59, 89; RG. 2, 270; 14, 1; so lange ein solcher geltend gemacht werden kann. Vgl. Endemann S. 37 ff.; Petersen-Kleinfeller S. 33 ff. — Ueber die Betheiligung der Berechtigten als K.Gläubiger vgl. Anm. 1 zu § 64.

§ 5. (4.)

Ausländische Gläubiger stehen den inländischen gleich.

Unter Zustimmung des Bundesraths kann durch Anordnung des Reichskanzlers bestimmt werden, daß gegen einen ausländischen Staat, sowie dessen Angehörige und ihre Rechtsnachfolger ein Vergeltungsrecht zur Anwendung gebracht wird.

E. I. 6. P. 3. K.O.N.

1. Ausland und Ausländer. | 2. Gleichberechtigung. | 3. Vergeltungsrecht.

1) Ueber das Verhältniß der K.O. zum **Auslande** und zu **Ausländern** vgl. §§ 5, 50, 56, 237, 238 und Einl. § 4. Zum Inlande gehören die im § 1 der deutschen Reichsverfassung genannten Staaten nebst Elsaß-Lothringen. Prot. zu G.B. S. 139. Ausländer ist Jeder, der nicht im Sinne des Reichsges. vom 1. Juni 1870, B.G.Bl. S. 355 (vgl. Reichsverfassung vom 16. April 1871 Art. 3, B.G.Bl. S. 65, und Ges. von demselben Tage § 2, B.G.Bl. S. 63) oder des Ges. betr. die Rechtsverhältnisse der deutschen Schutzgebiete vom 15. März 1888 Art. II § 6 Reichsangehöriger ist. Vgl. G.B. §§ 18 ff., Mot. 456, 457, Ges.

Digitized by Google

vom 21. Juni 1869, RGBl. 305 § 39. Für die Vertretung im Konkurse entscheidet C.P.O. § 55, K.O. § 72. Insoweit es sich um Akte außerhalb des K.Verfahrens, namentlich Anstrengung besonderer Prozesse handelt, kömmen die darauf bezüglichen Vorschriften zur Anwendung, vgl. § 146; C.P.O. §§ 16, 55, 110, 111, G.V. §§ 18 ff.

2) Im Abs. 1 ist der Grundsatz für die **Gleichbehandlung** der ausländischen Gläubiger im Verhältnisse zu den inländischen ausgesprochen. Ausnahmen davon sind in Abs. 2 und in den §§ 237, 238 enthalten. Die §§ 50, 56 treten, gleichmäßig für inländische und ausländische Gläubiger geltend, der Ausnutzung eines abweichenden ausländischen Rechts zum Schaden der K.Masse entgegen.

Der Grundsatz des Abs. 1 gilt für den Konkurs über Inländer sowie über Ausländer. Er bedeutet, daß der Ausländer als K.Gläubiger nicht wegen seiner Nationalität ungünstigeren oder anderen Regeln unterworfen sein soll, als der Inländer. Dagegen enthält Abs. 1 keine Bestimmung darüber, daß für Ausländer auch nur inländisches Recht oder nur die K.O. anwendbar sein soll. Die Frage, welches Recht, ob inländisches oder ausländisches anzuwenden sei, ist gleichmäßig für Ausländer und Inländer, nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts über die Anwendbarkeit und Kollision örtlicher Rechte zu entscheiden. Nach diesen Grundsätzen entscheidet das Recht des Konkursgerichts, also für uns die K.O. einerseits als das Recht des G.Schuldners über die Handlungs-, Verwaltungs- und Prozeßvertretungsfähigkeit des G.Schuldners bez. des Verwalters, R.O.H. **14**, 346, preuß. A.L.R. Einl. § 23, vgl. Raff.K. **22**, 516, 831; andererseits als das Gericht des Verfahrens über die Voraussetzungen und Formen der K.Eröffnung und Beendigung, über den Einfluß der K.Eröffnung auf die bestehenden Rechtsverhältnisse, über die Zulässigkeit und die Formen der Geltendmachung von Gläubigerrechten, und über ihre Rangordnung, während das bürgerliche Recht, je nach dem maßgebenden Orte („Sitz" der Obligation ꝛc.) ausländisches oder inländisches Recht, darüber entscheidet, welche Rechte eines Gläubigers zur Zeit der K.Eröffnung bestanden haben, vgl. Vorbem. 1 vor § 1.

3) Die Fassung des Abs. 2 über die **Wiedervergeltung** ist mit Art. 31 Einf.Ges. z. B.G.B. in Einklang gebracht. Daß die Wiedervergeltung nicht als nothwendige Richtschnur von jedem Richter angenommen werden muß, sondern nur als Ausnahme in den Grenzen des Abs. 2 zulässig ist, beruht auf dem Gedanken, daß das nicht ganz zu entbehrende Mittel der Vergeltung nur „als Gebot der Politik, als völkerrechtliches Mittel der Einwirkung auf den fremden Staat" zu verwenden ist. Diesem Gedanken entsprechend soll die Anordnung des Vergeltungsrechts nicht eine Ministerialjustiz für einen einzelnen Fall einführen, sondern eine allgemeine Maßregel sein, die in der Regel alle Angehörige eines fremden Staates oder einzelne Kategorien derselben treffen würde, Mot. 32, Prot. 8, 9, 196—200. Vgl. Kohler 667 ff. Nach den Mot. 32 soll die Bedeutung des Abs. 2 nicht dahin gehen, daß nur eine solche allgemeine Anordnung getroffen werden könne, daß unbedingt alle Angehörigen eines ausländischen Staats und alle ihre Rechtsnachfolger davon betroffen werden müßten, und man wird diese Auslegung um so mehr annehmen müssen, als nach der ratio legis jedenfalls inländische Universalsuccessoren von der Wirkung auszunehmen sachgemäß sein würde. Der § 5 selbst macht einen Unterschied nicht; die Bestimmung darüber bleibt der Anordnung der politischen Behörden überlassen. Eine dem Abs. 2 gemäß erlassene Anordnung hat, die gehörige Verkündigung vorausgesetzt, Reichsverf. Art. 2, allen Gerichten und Betheiligten als Rechtsnorm zu gelten. Sofern die Anordnung nichts besonderes darüber bestimmt, würde die Retorsion alle Singularsuccessoren einer Forderung, welche zur Zeit der K.Eröffnung einem Ausländer zustand, nach dem Zwecke des Gesetzes und seiner Anwendung zur Vermeidung der Umgehung treffen; dagegen Forderungen, welche zur Zeit der K.Eröffnung einem Inländer zustanden, deshalb, weil sie früher einem Ausländer zustanden, nur dann, wenn sie zur Umgehung des Gesetzes mit Rücksicht auf eine bevorstehende K.Eröffnung übertragen sind. Oetker **1**, 170. Der Indossatar eines Wechsels ist zwar nicht grundsätzlich Rechtsnachfolger des Indossanten, R.O.G. **24**, 3; **RG.** 16. Febr. 1888, J.W. 132; aber allerdings nach der ratio legis im Sinne des § 5, Oetker **1**, 171. Abw. Kohler 672.

Digitized by Google

„Daß durch die Vorschrift des § 4 nicht in die bestehenden oder zukünftigen Staatsverträge mit ausländischen Staaten eingegriffen werden soll, versteht sich von selbst." Mot. 32, 463. Die Staatsverträge sind Gesetze und als solche unter der Voraussetzung der verfassungsmäßigen Erlassung und Verkündung zu beachten. Die Verträge, die einzelne Bundesstaaten unter einander getroffen haben, sind durch die Reichsjustizgesetze aufgehoben und ersetzt; für den Konkurs durch die K.O. und durch G.V. §§ 157—169 ersetzt. Eccius 1 § 9 Anm. 8, 14. Das deutsche Reich hat mit ausländischen Staaten noch keine Verträge betreffs der Konkursbehandlung geschlossen. Die früheren Verträge der einzelnen deutschen Bundesstaaten mit einem ausländischen Staate bleiben in Kraft, **RG. 24**, 12. Ueber das Uebereinkommen von Preußen und Oesterreich vgl. Anm. 1 zu § 237, Vertrag zwischen Sachsen und Oesterreich vgl. **RG. 24**, 12, über Verträge zwischem Württemberg und der Schweiz vgl. Stieglitz Anm. zu IV, Sarwey-Bossert Anm. 3.

§ 6. (5.)

Mit der Eröffnung des Verfahrens verliert der Gemeinschuldner die Befugniß, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen.

Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht wird durch einen Konkursverwalter ausgeübt.

E. I. 7 8. P. 4.

1. Wirkung der Eröffnung des Verfahrens kraft Gesetzes.
2. Kein Rechtsübergang.
3. Beschränkung der Wirkungen auf die Masse.
4. Ausscheidungen aus der Masse.
5. Umfang des Verwaltungs- und Verfügungsrechts des Verwalters.
6. Wirkung der Geschäftsführung des Verwalters gegen den G.Schuldner.
7. Bürgerliche, politische und Ehrenrechte.

1) Nachdem im § 1 das Objekt der K.Eröffnung, die K.Masse, und in den §§ 3—5 die Rechtssubjekte, in deren Interesse sie erfolgt, die K.Gläubiger, bestimmt und begrenzt sind, spricht § 6 den leitenden Grundsatz für die **Wirkungen des Verfahrens** (nebst dem Mittel zur Erreichung des K.Zwecks) aus: die Beschlagnahme des die K.Masse bildenden Vermögens des G.Schuldners zur Erreichung des K.Zwecks (§ 3) durch die Einsetzung eines Verwalters. Nach allen drei Richtungen, namentlich also auch für den Eintritt der Wirkung des § 6, Verlust der Verfügungsberechtigung des G.Schuldners, ist der Zeitpunkt der **K.Eröffnung** entscheidend, der nach § 108 bestimmt wird. Die Wirkung tritt (im ganzen Umfange des deutschen Reiches E.G. § 1) mit diesem Zeitpunkte von Rechtswegen ein, ohne Rücksicht auf eine Zustellung oder Bekanntmachung an den G.Schuldner oder an Andere, Mot. 33, soweit nicht das Gesetz Ausnahmen macht, vgl. §§ 7, 8, 9.

2) **Der Schuldner verliert durch die K.Eröffnung nur sein Verfügungs- und Verwaltungsrecht** über die Konkursmasse. Seine späteren Handlungen oder Erklärungen haben nicht die Wirkung, die Rechte der Gläubiger hinsichtlich der K.Masse zu beeinflussen. Die Vorschrift des § 6, Abs. 1 dient und wirkt als Sicherungsmaßregel, behufs der Sicherung der Masse für die Konkursrechte der Gläubiger gegen den G.Schuldner selbst, wie gegen Dritte, die mit ihm später noch verhandeln. Der G.Schuldner bleibt jedoch auch Eigenthümer des zur K.Masse gehörigen Vermögens und verliert kein materielles Vermögensrecht daran; es ist deshalb absichtlich hier „sein Vermögen" genannt. Prot. 9; Vorbem. 3 g vor § 1 und Vorbem. vor § 57. Diesem entsprechend sind im Grundbuche nicht bloß die dem G.Schuldner zur Zeit der K.Eröffnung gehörigen Grundstücke fortdauernd als die seinigen (unter Vermerkung der K.Eröffnung) zu bezeichnen, nicht als Grundstücke der K.Masse, **RG.** 26. Sept. 1887, J.W. 435, sondern folgerichtig auch die durch den Verwalter für die Masse erworbenen (aufgelassenen) oder durch Anfechtung zurückerworbenen unter gleicher Bezeichnung der aus der K.Eröffnung folgenden Verfügungsbeschränkung. Wegen Eintragung der Verfügungsbeschränkung vgl. § 113. Vgl. Preuß. Ausf.Ges. vom 6. März 1879 § 15; § 11 Nr. 2 der Allg. Verf. v. 20. November 1899; J.M.Bl. S. 349 (früher Grundbuchordnung § 91). Wallmann D. Jur.-Z. 5, 134. Die Beschlagnahme

Digitized by Google

hat auch nicht die Wirkung eines Arrestes oder einer Pfändung; niemand erwirbt dadurch ein Pfandrecht an der Masse, **RG. 19**, 62. Da der Verwalter nicht an die Stelle der Gesammtpersönlichkeit des G.Schuldners tritt, so ist auch der an die Wohnung oder das Gerichtslokal des G.Schuldners als Bezogenen oder Domizilaten geknüpfte Formalakt des Wechselprotestes nicht bei dem Verwalter, sondern bei dem G.Schuldner zu erheben. R.O.G. Plen **24**, 22. Dem § 6 Abs. 1 entsprechend ist das bisherige Geschäftslokal des G.Schuldners im Sinne des Art. 91 Wechsel-O. auch nach der K.Eröffnung noch „sein" Geschäftslokal, sofern nicht das Geschäft inzwischen geschlossen ist. **RG. 2**, 23. (Abw. verlangt der ob. Gerichtsh. Wien in Seuff. Arch. **21**, 320 Protesterhebung beim Verwalter als *nothwendig*, während früher R.O.H. **22**, 423 u. Obertr.-Entsch. **62**, 353 sie für zulässig erklärten.)

3) *Der G.Schuldner verliert nur seine Handlungsbefugniß* **hinsichtlich der K.Masse** und auch hinsichtlich dieser gemäß § 7 nur insofern, als seine Handlungen nicht die Rechte der K.Gläubiger verletzen dürfen. Schultze S. 28, 29, 45. Er bleibt rechtsfähig und handlungsfähig, kann auch während des Konkurses rechtsfähig *sich selbst* persönlich verpflichten, und bleibt auch Kaufmann, wenn er fortfährt, ein Handelsgewerbe zu betreiben, H.G.B. § 1, Abs. 1 (früher Art. 4); **RG. 13**, 151; **14**, 408. Er kann selbst den K.Gläubigern (auch Einzelnen) gegenüber verbindlich Verpflichtungen übernehmen (z. B. volle Bezahlung zu leisten), die jedoch auf die K.Masse keinen Einfluß haben. R.O.H. **21**, 194. Er kann namentlich Verpflichtungen dahin übernehmen, daß diese ihre Wirkung nach dem Konkurse haben, R.O.H. 12, 93 und kann schon während des Konkurses wegen der ihm für die Zeit nach dem Konkurse obliegenden Verpflichtungen verklagt werden. Vgl. Anm. 2 zu § 12. Er kann sich auch während des K.Verfahrens wechselmäßig verpflichten, Strieth. **34**, 328; **57**, 267; Verträge schließen (Miethe-Pachtverträge, Verträge mit einem Hausarzte u. s. w.) und daraus auch während des Konkurses klagen und verklagt werden. Strieth. **41**, 360, **47**, 162; **52**, 5, **75**, 30. Obtr. **61**, 441. Er bleibt vollständig verfügungsfähig hinsichtlich der Rechte, welche nicht zur K.Masse gehören, weil sie nicht Vermögensrechte sind oder nicht der Z.V. unterliegen, R.O.H. 12, 104.

4) Sofern rechtsgültig **Vermögensgegenstände, die** begrifflich zur K.Masse gehören, schon während des K.Verfahrens **dem G.Schuldner freigegeben werden** (etwa als uneinziehbare Forderungen, für die Masse werthlose Gegenstände, Anm. 17 zu § 1), hat der G.Schuldner auch hierüber das Verfügungsrecht. Der Stellung des Verwalters entspricht es indeß in der Regel nicht, vor der Beendigung des Konkurses einen Bestandtheil der Masse dem G.Schuldner positiv freizugeben, da er sich damit eine spätere Verwerthung unmöglich macht; auch wenn er im Interesse der Gläubiger eine sofortige Verwerthung oder Verfolgung unterlassen zu müssen glaubt. Vgl. Anm. 1 zu § 161. Wo er dem G.Schuldner in Betreff seiner konkursfreien Vermögensstücke oder sonst gegenübertritt, kann er dessen Recht auf Freigabe anerkennen; im § 10 ist sein Recht auf Freigabe eines Prozeßgegenstandes an den G.Schuldner gesetzlich bestimmt. Ist er genöthigt, es nicht bloß bei der Unterlassung bewenden zu lassen, sondern sich (wegen Deliberations-, Verjährungs- oder anderer Fristen, wegen Provokationsklagen oder schwebender Prozesse, vgl. § 10 Abs. 2) zu entscheiden, so kann er auf die Geltendmachung der Rechte für die K.Masse mit dem Vorbehalte verzichten, daß der G.Schuldner sie für sich geltend machen kann. Hat der Verwalter indeß rechtsverbindlich ohne Vorbehalt verzichtet oder sein Verfügungsrecht durch einen Vergleich ausgeübt, so ist der G.Schuldner zufolge des Verfügungsrechts des Verwalters daran gebunden und es bleibt kein Recht mehr zu seiner Verfügung. Hullmann Anm. 11, Stieglitz Anm. VII.

5) **Die Rechtsstellung des Verwalters** als *gesetzlichen Vertreters des G.-Schuldners* hinsichtlich des zur *K.Masse* gehörigen Vermögens behufs gesetzlicher Befriedigung seiner K.Gläubiger ist bereits in der Vorbem. 3 vor § 1 näher erörtert. In Folge der Beschränkung der Vertretung auf das Vermögensrecht hat der Verwalter den G.Schuldner nur in seinem vermögensrechtlichen Willen zu vertreten, nicht jedoch insoweit, als zur Erwerbung oder Ausübung von Rechten nach dem bürgerlichen Rechte der selbst-

Digitized by Google

eigene persönliche Wille des G.Schuldners nöthig und eine Vertretung durch Andere ausgeschlossen ist. Nur wenn diese Vorfrage dahin zu entscheiden ist, daß es sich um eine nicht rein persönliche Befugniß, sondern um ein auch durch Vertretung geltend zu machendes Vermögensrecht handelt, entscheidet die K.O., wer über dies Vermögensrecht zu verfügen hat. Vgl. Anm. 3 und 19 zu § 1. Zur Legitimation des Verwalters nach außen genügt seine Bestellung als Verwalter, RG. 21. Jan. 1888 JW. 99.

Die Grenzen der Befugnisse des Verwalters sind (abgesehen von der Mitwirkung der Gläubiger) dadurch bestimmt, daß er nur die K.Masse zu verwalten und zu verwerthen hat, und daß seine Verfügungen mit dem Zwecke seiner Thätigkeit „vereinbar" (Mot. 34) sind, d. h. möglicherweise zu dessen Erreichung dienen können. Zum Schenken hat er natürlich kein Recht, RG. 29, 80, 10. Mai 1886, JW. 196. Alles, was der Verwalter innerhalb dieser Grenzen thut, bleibt gegenüber dem G.Schuldner, den Gläubigern und jedem Dritten gültig; wenngleich er für seine gesetzliche und (was vom Gesetze § 3 einbegriffen ist) dem K.Zwecke entsprechende Verwaltung dem G.Schuldner als dessen Stellvertreter, auch den K.Gläubigern als zur Wahrnehmung ihrer Interessen verpflichtet, verantwortlich ist §§ 82, 86, vgl. § 136. RG. 1. Dez. 1886, JW. 1887 S. 14. Der Zweck des Konkurses und der Einsetzung des Verwalters bildet für seine Vertretungsbefugniß eine Vorbedingung nicht in dem Sinne, daß seine Handlungen nur gültig wären, wenn sie zweckmäßig sind. Der Zusatz im E. I. § 8: Ausübung „zum Zwecke der Befriedigung der G.Gläubiger" ist gestrichen, damit nicht das Mißverständniß erwachse, „als ob die Gültigkeit der Verfügungen des Verwalters in ihrer Zweckmäßigkeit eine allgemeine rechtliche Schranke finden sollte, Mot. 34.

Der Verwalter ist berechtigt, auch neue Rechtsgeschäfte einzugehen, wie der Liquidator einer Handelsgesellschaft zur Beendigung schwebender Geschäfte neue Geschäfte eingehen kann. § 149 H.G. Ob durch solche unmittelbar eine Beendigung des früheren Geschäfts herbeigeführt oder (durch Prolongationswechsel, Verträge mit Dritten ꝛc.) erst vorbereitet wird, begründet dabei keinen Unterschied. RG. 4, 61. Zur Begründung der Klage aus einem neuen Geschäft des Verwalters genügt der Nachweis, daß der Verwalter als solcher gehandelt hat, RG. 29, 80. Vgl. R.O.H. 13, 226; 21, 307 ff. Der Verwalter kann daher für die Masse „Kaufverträge abschließen, Darlehne aufnehmen, Gegenstände der Masse verpfänden", Pfandstücke einlösen, Grundstücke und bewegliche Sachen in nothwendiger oder freiwilliger Veräußerung für die K Masse erstehen, um Forderungen des G.Schuldners zu decken oder um den Erwerb demnächst unter günstigeren Verhältnissen zu veräußern. Mot. 34, 35, §§ 133 Nr. 2, 134 Nr. 2, RG. 26, 67.

Der Verwalter kann die noch fehlende Unterschrift des G.Schuldners ergänzen, z. B. um ein diesem gegebenes Blanko-Accept verwerthbar zu machen, wenn der G.Schuldner dazu berechtigt war. In den Entsch. d. R.O.H. 14, 54, 56 und 17, 210 ist dies mit Recht als ein vererbliches und veräußerliches, und daher dem Konkursverwalter wie dem Erben zustehendes Vermögensrecht bezeichnet. Vgl. RG. 8, 56; 11, 8; 28. März 1894, J.W. 200 und Mot. 34, 35 gegen Strieth. 60, 293 und Obtr. 35, 445.

Wie die Handlungen des Verwalters, sind auch seine Unterlassungen hinsichtlich der K.Masse wirksam. Versäumnisse, die er namentlich als gesetzlicher Vertreter im Sinne der C.P.O. § 51 in Prozessen als Kläger oder Beklagter für die Masse veranlaßt, treffen die Masse. Vgl. C.P.O. § 232 Abs. 2. Fällt eine Erbschaft zur K.Masse (Anm. 20 zu § 1) und versäumt der Verwalter Maßregeln, die er ergreifen mußte, um zu verhindern, daß der Erbe unbeschränkt mit seinem ganzen Vermögen für die Nachlaßschulden hafte, §§ 1998, 2000 B.G.B., so wirkt diese Versäumniß ebenfalls gegen die Masse, die nun auch den Nachlaßgläubigern haftet, vgl. Anm. zu § 134. — Zum alten Recht, vgl. preuß. A.L.R. I 9, § 432. Obtr. 23, 63; 48, 43.

6) Folge der im § 6 erklärten Uebertragung des Verwaltungs- und Verfügungsrechts auf den Verwalter ist es, daß die **Verwaltungs- und Verfügungs-Handlungen und Unterlassungen des Verwalters** für das Verhältniß eines betheiligten Dritten zum G.-Schuldner **dieselbe Wirksamkeit** haben, **als seien es Handlungen und Unterlassungen**

Digitized by Google

des G.Schuldners selbst. — Demgemäß sind zunächst, zumal dem Verwalter nicht bloß die Verwaltung, sondern auch das Verfügungsrecht übertragen ist, die Anerkenntnisse des Verwalters darüber, was zur K.Masse entweder niemals gehört hat (§ 43) oder nicht gehören soll (§ 44), für den G.Schuldner präjudiziell und ist der Verwalter mit der Wirkung für und gegen den Schuldner, berechtigt und verpflichtet, ihn in Prozessen hierüber zu vertreten. Das Verfügungsrecht umfaßt sowohl die thatsächlich vorhandene Masse (Istmasse, § 43), als auch was dazu rechtlich gehören soll (Sollmasse §§ 1, 118, 166), und zwar in beiden Beziehungen sowohl hinsichtlich der positiven Behauptung, daß ein Gegenstand dazu gehöre, als auch der Verneinung, daß er nicht dazu gehöre oder weil rechtlich von Anderen zu beanspruchen, nicht oder nicht mehr dazu gehören soll. Der Verwalter soll eben sowohl über die thatsächlich vorhandene Istmasse, einschließlich der Besitzrechte, als auch über die Sollmasse die Verfügungsbefugniß haben, weil seine Aufgabe gerade darin besteht, aus der Istmasse (durch Aussonderung sowie durch Hinzuziehung und Geltendmachung von Ansprüchen) die Masse, wie sie rechtlich sein soll, herzustellen. Eine Unterscheidung in dieser Beziehung (mit Oetker Verfolg. R.S. 51, 44 ff., 71 ff., 83 ff., 100 ff.) zu machen, ist unzulässig Die Behauptung Oetkers, daß wenn der Verwalter Rechte Anderer auf Herausgabe anerkenne, er dadurch zugleich feststelle, daß die Gegenstände niemals zur Masse gehört hätten, er also kein Verfügungsrecht darüber habe und somit den G.Schuldner dadurch nicht binde, beschränkt das Verfügungsrecht unzulässigerweise auf das, was nach Ansicht des K.Verwalters die Masse bilden soll. Oetker's Aufstellung enthält selbst einen Zirkel; wenn der G.Schuldner, nachdem der Verwalter einen Aussonderungsanspruch anerkannt hat oder dazu verurtheilt ist, dennoch behaupten will, daß das streitige Objekt zu seinem Vermögen gehört, ohne behaupten zu können, daß es zu seinem konkursfreien Vermögen gehöre, so könnte sein Erfolg nur dazu führen, daß es in der That zur K.Masse gehöre, für welche er eben keine Prozeßfähigkeit und kein Verfügungsrecht hat, sondern nur der Verwalter. Wenn unter solchen Umständen der G.Schuldner, durch ein positives Anerkenntniß oder eine Verurtheilung des Verwalters gegenüber einem Dritten nicht gebunden, gegen den Dritten sein Eigenthum in Anspruch nehmen dürfte, so hieße das, ihn zum Prozesse über einen Theil der K.Masse legitimirt erklären. Vgl. auch §§ 11, 133 Nr. 2, 135, 136. Daß der Verwalter, wenn er einzelne Gegenstände nicht zur Masse ziehen *will*, dann thatsächlich nur noch über die verbleibende Istmasse verfügt, beruht eben auf dem ihm für die Sollmasse zustehenden Verfügungsrechte, und der G.Schuldner ist dann berechtigt, den Gegenstand als einen *nicht* zur K.Masse gehörigen in Anspruch zu nehmen, vgl. § 10 Abs. 2 u. Anm. 7 zu § 10. Soweit er über einzelne Objekte nicht verfügen *kann*, beruht dies auf den thatsächlichen und rechtlichen Grenzen seiner Verfügungsmöglichkeit. Abw. mit Oetker jetzt auch Sarwey-Bossert Anm. 5. Die Folgerung, daß ein K.Verfahren oder die Akte in demselben nichtig wären, wenn der Verwalter nicht die Istmasse mit der Sollmasse identisch machen wollte oder könnte oder machte (vgl. Oetker I, 11, 12), kann nicht zugelassen werden. Ueber Vermögensrechte allerdings, die der G.Schuldner schon vor der K.Eröffnung unanfechtbar durch Verzicht aufgegeben hatte, kann der Verwalter nicht mehr verfügen, RG. 19, 59. — Der G.Schuldner als das Rechtssubjekt, in dessen Vertretung der Verwalter handelt, ist der Kontrahent der vom Verwalter abgeschlossenen Rechtsgeschäfte und der von ihm kontrahirten Schulden und haftet somit persönlich dafür dem Dritten als Schuldner. Der Dritte kann sich deshalb insbesondere an die K.Masse seines Schuldners halten; es ist eine „Masseschuld", § 59 Nr. 1. Der Umfang der persönlichen Verpflichtung des G.Schuldners ist auch nicht durch den Umfang seines zur K.Masse gehörigen Vermögens begrenzt (wie der Gewalthaber eines Peculium nur in dessen Höhe oder der Kommanditist einer Kommanditgesellschaft nur in Höhe seiner Einlage haften), was Schultze a. a. O. S. 46, 47 annimmt. Vielmehr haftet der G.-Schuldner über den Umfang und Werth der K.Masse hinaus mit seinem gesammten damaligen und künftigen Vermögen ebenso, wie Jeder, für welchen ein gewillkürter Bevollmächtigter innerhalb seines Auftrags oder ein gesetzlicher Vertreter (Vormund 2c.) innerhalb seines gesetzlichen Vertretungsrechts rechtsverbindlich gehandelt hat. Vgl. Prot. 109.

Digitized by Google

Das Gesetz vertritt für den Verwalter die Stelle der Vollmacht. Vgl. Anm. 2 zu § 59. Dadurch, daß die K.Masse Gegenstand der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse ist, wird sie nicht Grenze der Verpflichtung des G.Schuldners, wie auch beim Verwalter fremder Sachen eine solche Beschränkung nicht eintritt. Vgl. A.L.R. I. 13 § 85; 14 §§ 105, 109, RG. 2, 24. Der G.Schuldner muß also auch den, durch Handlungen des Verwalters verursachten und nicht vom Gläubiger verschuldeten Schaden ersetzen, B.G.B. § 278. RG. 23. März 1889, J.W. 208. Vgl. aber § 82.

7) Ueber die **Einwirkung der K.Eröffnung auf bürgerliche, politische und Ehrenrechte** vgl. Vorb. 2 vor § 202.

§ 7. (6.)

Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner nach der Eröffnung des Verfahrens vorgenommen hat, sind den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam; die Vorschriften der §§ 892, 893 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bleiben unberührt.

Dem anderen Theile ist die Gegenleistung aus der Masse zurückzugewähren, soweit letztere durch dieselbe bereichert ist.

Hat der Gemeinschuldner Rechtshandlungen am Tage der Eröffnung des Verfahrens vorgenommen, so wird vermuthet, daß sie nach der Eröffnung vorgenommen worden sind.

E. I. 10. P. 5. 6. 43. K.O.N.

1. Rechtshandlungen.
2. Unwirksamkeit.
3. Unwirksamkeit gegenüber den K.Gläubigern.
4. Einfluß des guten Glaubens.
5. B.G.B. §§ 892, 893.
6. Rechte des Verwalters und der Gläubiger.
7. Unwirksamkeit nach Aufhebung des K.Verfahrens.
8. Genehmigung.
9. Rechtshandlungen eines Vertreters.
10. Verpflichtungen des anderen Theils.
11. Zurückgewährung der Gegenleistung.
12. Rechtsstellung Dritter.
13. Vermuthung des Abs. 3.

1) Unter den **„Rechtshandlungen"** ist jede, die Begründung, Erhaltung, Aenderung oder Aufhebung von Rechten betreffende Thätigkeit einbegriffen, vgl. Windscheid 8, 69, Willenserklärungen, einseitige oder zweiseitige Rechtsgeschäfte, Verfügungen, Anerkenntnisse, Uebernahme, Sicherung oder Erfüllung von Verbindlichkeiten, Veräußerungen, Verzichte u. s. w., im Sinne des B.G.B. Rechtsgeschäfte, Rechtshandlungen und Verfügungen. Die Exemplifizirung der P. § 5 ist absichtlich vermieden. Mot. 35, 37. Prot. 10. Anm. 1 zu § 29, Anm. 2 zu § 30, Anm. 2 zu § 31.

2) Die Vorschrift des Abs. 1 ist Folge des § 6 zur Sicherung der K.Masse für die Verwendung zu Gunsten der K.Gläubiger. Rechtshandlungen, welche der G.Schuldner nach der Eröffnung vorgenommen hat, sind nicht nur (wie unter Umständen nach §§ 29 bis 31 frühere Rechtshandlungen) „anfechtbar", sondern „den K.Gläubigern gegenüber **unwirksam** erklärt. Der Ausdruck „unwirksam" ist durch die K.O.N. an Stelle des Wortes „nichtig" getreten. Es ist dies jedoch keine sachliche Aenderung, sondern nur eine Anpassung an den Sprachgebrauch des B.G.B. § 135, da es sich wie bei einem zum Schutze bestimmter Personen erlassenen Veräußerungsverbote nur um den Schutz der Konkursgläubiger handelt (Anm. zu § 29). Die **Unwirksamkeit** begründet nach Ausdruck und Absicht des Ges. (Mot. 35) nicht eine bloße Anfechtbarkeit, welche begriffsmäßig und in jedem Falle eine Thätigkeit der K.Gläubiger zu ihrer wirksamen Geltendmachung erforderte. Sie hat zum Unterschiede von solcher Anfechtbarkeit die Wirkung, daß kraft Gesetzes innerhalb des Bereiches der gesetzlichen Wirkung (den K.Gläubigern gegenüber) die Handlung ohne und gegen den Willen der K.Gläubiger, d. h. namentlich des zu Gunsten derselben handelnden Verwalters keinerlei Wirkung hat, und nicht erst durch ein entsprechendes Anfechtungsrecht ihre rechtliche Wirkung verliert, sondern die Unwirksamkeit von Amtswegen zu berücksichtigen ist, wenn die thatsächlichen Voraussetzungen vorgetragen sind. Gegen

Digitized by Google

Schultze S. 25, 35 (bloß: Anfechtbarkeit) und Fitting § 24 Anm. 11 (Schwebezustand bis zur Entscheidung des Verwalters) vgl. Eccius 1 § 116 Anm. 18; Dernburg 2 § 114 Anm. 14; Sarwey-Bossert Anm. 5; Petersen-Kleinfeller Anm. I, 6 und in Busch 9, 49; Meischeider, Rassow-K. 26, 467.

3) In der Einschränkung der Wirksamkeit **„gegenüber den K.Gläubigern"** liegt für den Eintritt der Wirkung die Voraussetzung, daß die Rechtshandlungen eine rechtliche Beziehung auf die Rechte der K.Gläubiger haben und diese Rechte durch eine Beeinträchtigung der für alle K.Gläubiger bestimmten Theilungsmasse oder durch eine Einwirkung auf die Elemente der Schuldenmasse, auf Begründung oder Vorrecht der Schulden verletzen müssen. Es macht keinen Unterschied, „ob sämmtliche K.Gläubiger oder nur einzelne als benachtheiligt erscheinen." Mot. 36. Rechtshandlungen, wodurch der G.Schuldner der Masse lediglich etwas zuwendet, sind natürlich nicht verboten. Die Wirkung selbst besteht, dieser Voraussetzung und dem durch den Ausdruck „unwirksam" gewollten Gegensatze entsprechend, darin: die nach der K.Eröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen des G.Schuldners, sofern sie ohne den heilenden Willen der K.Gläubiger (des in ihrem Interesse handelnden Organs, des Verwalters) vorgenommen sind, sollen hinsichtlich der Wirksamkeit in Beziehung auf die Theilungsmasse und Schuldenmasse und andererseits auch nur in diesen Beziehungen so angesehen werden, als wenn sie nicht vorgenommen wären. Weder ein betheiligter Dritter noch der G.Schuldner dürfen sich ihrerseits auf die „Unwirksamkeit" berufen. Mot. 36. Durch die Beschränkung: „gegenüber den K.Gläubigern" und durch die Stelle des § 7 unmittelbar hinter § 6 ist eben zugleich objektiv ausgedrückt, daß nur Rechtshandlungen, in soweit sie sich auf die K.Masse beziehen, den K.Gläubigern gegenüber unwirksam sind. Die Gläubiger müssen ein rechtliches Interesse an der Unwirksamkeit haben, und ein solches haben sie nur hinsichtlich der Rechtshandlungen, welche die Masse betreffen; an diesen aber auch ohne Ausnahme. Jede Benachtheiligung der K.Masse beeinträchtigt zugleich die Rechte der K.Gläubiger. Jede Beeinträchtigung der K.Gläubiger schließt andererseits eine mittelbare oder unmittelbare Beziehung ihres Anspruchs an die Masse ein. Mot. 36, 37. Jede erfolgreiche Bestreitung eines K.Gläubigeranspruchs berührt daher mittelbar zugleich das Verhältniß zur Masse. In diesem Sinne sind vom § 7 Abs. 1 als Konsequenz und Ausführung des § 6 Abs. 1 nur Rechtshandlungen getroffen, welche unmittelbar oder mittelbar die K.Masse betreffen, unmittelbar durch Beeinträchtigung der Theilungsmasse (Aktivmasse) oder mittelbar durch Beeinträchtigung der Rechte der zur Masse Anspruchsberechtigten: Schuldenmasse (Passivmasse.) Eine Beschränkung auf Rechtshandlungen, welche unmittelbar die Masse betreffen, ist im Gesetz nicht erklärt. Vgl. Mot. 36, 37, Prot. 9, 10. Darnach sind Rechtshandlungen des G.Schuldners, welche auf Begründung, Umfang, Rang oder Beweis von K.Forderungen Einfluß haben, allen K.Gläubigern und jedem Einzelnen gegenüber unwirksam; so Vordatirung von Schuldscheinen, Genehmigung von Forderungen, Verzicht auf Einreden, Erfüllung von Potestativbedingungen, Anm. 7 zu § 3, Mot. 279, Fitting § 24 Anm. 6. — Rechtshandlungen des G.Schuldners, welche ein nicht zur K.Masse gehöriges Vermögensobjekt betreffen, (so späterer Erwerb) unterliegen dem § 7 schon deshalb nicht, weil die K.Gläubiger nach § 3 nur den Anspruch auf die K.Masse haben, das K.Verfahren nach § 1 nur diese Masse umfaßt und nur hinsichtlich dieser die Verfügung des G.Schuldners durch § 6 beschränkt ist. A. M. Völderndorff 1, S. 238. Wer das Eigenthum einer Sache oder ein Pfandrecht an einer Sache beansprucht, die der G.Schuldner nach der K.Eröffnung mit der Wirkung veräußert hat, daß das frühere Eigenthum oder Pfandrecht erloschen ist, (B.G.B. §§ 932, 936), kann den § 7 für sich selbständig nicht geltend machen, weil er als Eigenthümer oder Pfandgläubiger nicht K.Gläubiger ist. Ist die Sache zur K.Masse zurückgebracht, dann steht ihm gegen diese allerdings das Aussonderungsrecht und das Absonderungsrecht zu.

4) Ob der Dritte, der mit dem G.Schuldner nach der K.Eröffnung ein Rechtsgeschäft vornahm, das dem § 7 unterworfen ist, die Unwirksamkeit oder ihren Grund, die frühere K.Eröffnung, gekannt hat oder **in gutem Glauben** gewesen ist, hat auf die Unwirksamkeit selbst keinen Einfluß, abweichend von der Berücksichtigung des guten Glaubens hin-

Digitized by Google

sichtlich der Anfechtung nach §§ 29 ff., 37, 40. Mot. 35, 38. Die Vorschrift des § 7 ist Rechtsfolge der mit der K.Eröffnung Allen gegenüber eintretenden Beschränkung der Befugnisse des G.Schuldners, Anm. 1 zu § 6, und durch die unbedingte Wirkung als Unwirksamkeit ist ausgedrückt, daß gegenüber Allen, die durch die Wirkung der K.Eröffnung betroffen sind, also vor allem gegenüber den Theilnehmern der Rechtshandlung dieselben Wirkungen eintreten sollen, als wäre die Rechtshandlung nicht erfolgt. Die Regel, daß die Unkenntniß von der K.Eröffnung den Empfänger einer Leistung des G.Schuldners nicht von der Pflicht zur Rückgewähr befreit, wird auch dadurch bestätigt, daß die Ausnahme von § 7 abgesehen von den Vorschriften des Grundbuchrechts auf den Fall des § 8 beschränkt ist. **RG.** 24. Sept. 1891; Raff.K. 37, 748, J.W. 511; Eccius 1 § 116 Anm. 22; Mandry-Geib S. 118. A.M Dernburg 3 § 114 Anm. 191; Kohler § 24.

5) Nur zu Gunsten des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs ist mit der durch die K.O.N. beigefügten Verweisung auf **BGB. §§ 892, 893** noch eine Ausnahme gemacht worden. Nach § 892 ist die Beschränkung, der ein Berechtigter in der Verfügung über ein eingetragenes Recht zu Gunsten einer bestimmten Person unterliegt, dem Erwerber gegenüber nur wirksam, wenn sie aus dem Grundbuche ersichtlich oder dem Erwerber bekannt ist. Um eine solche Verfügungsbeschränkung handelt es sich hier. Nach § 893 gilt dasselbe für andere mit dem Berechtigten in Ansehung des eingetragenen Rechts vorgenommene Rechtsgeschäfte. Die hiernach eintretende Wirksamkeit von Rechtsgeschäften ergreift aber nur das eingetragene Recht, nicht den Inhalt des zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts. Auch schließt die Wirksamkeit einer unentgeltlichen Verfügung des G.Schuldners nicht den Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung aus (Anm. 10.) Die Anfechtung einer nach § 7 nicht unwirksamen Rechtshandlung ist gleichfalls nicht ausgeschlossen. § 42. Im § 892 Abs. 2 BGB. ist der für den bösen Glauben des Dritten maßgebende Zeitpunkt bestimmt. Für die dem Dritten entgegenstehende Eintragung der K.Eröffnung in das Grundbuch ist durch § 113 gesorgt. Ueber den Einfluß der Kenntniß eines Vertreters des Dritten vgl. BGB. § 166 und Anm. 9.

Ist die Verfügung des G.Schuldners wirksam, so kann der Verwalter die bedungene Gegenleistung zur Konkursmasse in Anspruch nehmen, aber wenn er dies thut, so können dagegen Einwendungen aus dem zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft erhoben werden, da die Gegenleistung nur als solche versprochen ist. Die Wirkung des guten Glaubens über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs hinaus auszudehnen, ist bewußt abgelehnt,

6) Die Motive 36 sprechen sich über **die Rechte des Verwalters und des Gläubigers** in Bezug auf § 7 aus. Sie erklären nur den Verwalter (mit Rücksicht auf § 6) und nicht auch einzelne Gläubiger zur Geltendmachung der Unwirksamkeit befugt. Dies ist indeß (abweichend von § 36 hinsichtlich der Anfechtungen aus §§ 29 ff.) für den § 7 im Gesetze nicht erklärt, auch keine Konsequenz des § 7 und nur hinsichtlich der Verwaltung der Aktivmasse unbedingt richtig. Was in Folge solcher unwirksamen Handlungen der K.Masse an Sachen oder Leistungen entzogen ist, kann allerdings nur der Verwalter für die Masse in Anspruch nehmen, nicht ein Gläubiger (§ 6 Abs. 2.) A. M. Schultze S. 69. Indeß kann der einzelne Gläubiger mit Rücksicht auf sein rechtliches Interesse, das durch den Einfluß des unwirksamen Rechtsgeschäfts auf die Dividende begründet wird, einem Prozesse des Verwalters als Nebenintervenient beitreten. Betrifft aber das unwirksame Rechtsgeschäft die Schuldenmasse, sei es, daß eine Konkursforderung, sei es, daß ein Vorrecht darauf gegründet wird, so ist jeder einzelne Gläubiger ebenso wie der Verwalter berechtigt, die Unwirksamkeit geltend zu machen. Wenn auch nur ein einzelner Gläubiger eine angemeldete Forderung bestreitet, so bleibt deren Feststellung bis zur Beseitigung des Wiederspruches ausgeschlossen. (§ 144). Vgl. auch Hullmann in Prot. 10; Stieglitz Anm. VI S. 50; Schultze S. 69; Fitting § 24 Anm. 6. Abw. Meisner S. 44. Endlich kann der K.Gläubiger die Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäftes aus § 7 auch dann selbständig geltend machen, wenn durch das Rechtsgeschäft seine eigene Forderung beeinträchtigt wird, z. B. die Forderung kraft einer Bedingung durch den Abschluß des Rechtsgeschäfts erlischt.

Digitized by Google

7) Fraglich ist, ob die **Unwirksamkeit** auch **nach der Beendigung des Konkurses** geltend gemacht werden kann. Die Mot. 36 (vgl. Prot. 10) verweisen auf das bürgerliche Recht. Das Prinzip, welches für die Anwendung des bürgerlichen Rechts maßgebend ist, ist indeß schon durch § 7 entschieden. Maßgebend ist, daß nach dem Zusammenhange, der ratio legis und der Fassung des § 7 die Unwirksamkeit beschränkt ist auf Rechtshandlungen, die mittelbar oder unmittelbar die K.Masse und die K.Gläubiger betreffen, innerhalb dieser Grenzen aber die Unwirksamkeit durch eine Zeitdauer nicht beschränkt ist. Der Verwalter kann daher auf Grund des § 7 nachträglich ermittelte Vermögensgegenstände zur Nachvertheilung heranziehen, § 166 Abs. 2, und der K.Gläubiger kann bei Verfolgung seiner Ansprüche gegen den G.Schuldner oder einen Zwangsvergleichsbürgen (§§ 164, 193, 194) den auf solche ungültige Rechtshandlungen gestützten Einwendungen mit § 7 entgegentreten, sowie sonstige Verletzungen seines fortwirkenden K.Anspruchs geltend machen, insbesondere auch bei dem Anspruch auf Befriedigung aus einer Sicherheit, die für die Erfüllung eines Zwangsvergleichs bestellt worden ist. Soweit freilich ein früherer K.Gläubiger nicht als solcher oder das Vermögen des früheren Gemeinschuldners nicht als frühere K.Masse in Betracht kommt, kann eine Unwirksamkeit von dem Gläubiger nicht geltend gemacht werden. Bei der Zwangsvollstreckung gegen den früheren Gemeinschuldner, die nicht in eine aus der K.Masse zurückbehaltene Sicherheit, § 192, vollstreckt wird, kann der frühere K.Gläubiger weder eine konkurrirende Forderung, die auf einem nach § 7 unwirksamen Rechtsgeschäfts beruht, aus diesem Grunde bestreiten, noch einen Gegenstand, der durch ein nach § 7 unwirksames Rechtsgeschäft vom G.Schuldner veräußert ist, aus diesem Grunde für die Zwangsvollstreckung in Anspruch nehmen. So auch im Wesentlichen Sarwey-Bossert, Petersen-Kleinfeller zu § 7, Stieglitz zu § 6 a. F.; Eccius 1 § 116 Anm. 18; Dernburg 2 § 114 Anm. 15; Mandry-Geib S. 115 Anm. 6; Endemann S. 118. Abweichend hält Schultze S. 33 mit der Aufhebung des Konkurses die vom § 7 betroffenen Rechtshandlungen allen früheren K.Gläubigern gegenüber für wirksam; ebenso Meisner S. 44; auch Fitting (§ 24 zu I. Anm. 10) hinsichtlich der Aktivmasse, sofern sich der Verwalter bis zur K.Aufhebung nicht für die Nichtigkeit entschieden hat, vorbehaltlich der Ausnahme aus § 166.

8) Durch **Genehmigung** kann die nur den Gläubigern gegenüber geltende Unwirksamkeit geheilt werden. BGB. §§ 182—185. Betrifft das unwirksame Rechtsgeschäft die Aktivmasse, so steht während der Dauer des Konkurses die Genehmigung nur dem Verwalter zu, weil er allein über die K.Masse zu verfügen berechtigt ist. Diese Genehmigung bindet ihn und alle Konkursgläubiger auch über den Konkurs hinaus. Die gleiche Wirkung kann der Genehmigung des Verwalters auch hinsichtlich der erst nach der Aufhebung des Konkurses ermittelten Gegenstände nicht versagt werden. Wohl zu beachten ist aber, daß die Genehmigung eines gegenseitigen Rechtsgeschäfts nicht ohne Weiteres die Freigabe des dem G.Schuldner entstandenen Anspruchs auf die Gegenleistung oder dieser Gegenleistung selbst einschließt. Der Umstand, daß die Gegenleistung zur K.Masse fließt, kann gerade die Genehmigung veranlassen. Betrifft dagegen das unwirksame Rechtsgeschäft die Schuldenmasse, so kann der Verwalter dem dargelegten Sonderrechte der einzelnen Gläubiger (Anm. 6) nichts vergeben. Nur diese selbst, und zwar ein jeder für sich, können ein nach § 7 unwirksames Rechtsgeschäft, auf das eine Forderung oder ein Vorrecht gegründet ist, genehmigen; doch bleibt daneben zu beachten, daß ein Urtheil, durch das der Widerspruch eines Gläubigers für begründet erklärt ist, für alle Konkursgläubiger, also auch für den, der die Forderungen vorher anerkannt hat, wirkt (§ 147).

9) Den vom G.Schuldner selbst vorgenommenen **Rechtshandlungen** stehen die **durch seinen Vertreter** bewirkten gleich, da die Handlungen und Erklärungen des Vertreters grundsätzlich wirken, wie wenn sie seitens des Vertretenen selbst erfolgt wären. BGB. §§ 164—166. Windscheid § 73. A.L.R. I. 13 § 85. R.O.H. 24, 193. Vgl. Anm. 1 zu § 29. Stieglitz Anm. IV; Sarwey-Bossert Anm. 3; Endemann S. 118; Petersen-Kleinfeller A. 4; Dernburg 2 § 114 S. 277; Eccius 1 § 116 zu 2; Mandry-Geib S. 117. Dies ist (gegen Mot. 37, 38) durch die §§ 6, 7 positiv entschieden, da für Handlungen des Vertreters keine Ausnahmen gemacht sind. Landesgesetzliche Abweichungen vom § 7 sind nicht vor-

Digitized by Google

behalten, E.G. § 4. Die abweichenden Vorschriften des preuß. A.L.R. I. 13 § 200 und der bayr. P.O. Art. 1211 sind, soweit sie dem § 7 widersprechen, aufgehoben. Nur soweit ein Bevollmächtigter nach dem früheren Landesrecht als Bevollmächtigter des Verwalters anzusehen ist (A.L.R. I. 13 § 199), sind Handlungen desselben für die Masse noch wirksam. Vgl. Anm. zu § 25. Die §§ 53, 15 (früher Art. 46) H.G.B., wonach ein nicht bekannt gemachtes Erlöschen einer Prokura nicht eingewendet werden kann, haben hier keinen Einfluß, da die gemäß § 7 eintretende Unwirksamkeit nicht Folge des Erlöschens der Prokura, sondern Folge der objektiven Beschränkung der Verfügungsbefugnisse des Machtgebers und der Gleichstellung der Wirkungen für die Handlungen des Bevollmächtigten und des Machtgebers ist.

10) Die Wirkung der Unwirksamkeit (Anm. 2) richtet sich wesentlich **gegen den** durch die Rechtshandlung begünstigten **andern Theil**, der auch einer der K.Gläubiger sein kann Endemann S. 117. Die zur thatsächlichen Geltendmachung der Unwirksamkeit zulässigen Mittel richten sich nach den Umständen. Ansprüche, die auf solche Handlungen gegründet werden, sind als unbegründet abzuweisen (Anm. 1 zu § 37). Was der andere Theil in Folge eines solchen Geschäfts von der Masse besitzt, muß er zur Masse *zurückgewähren*, als sei das Geschäft nicht geschlossen. Der Verwalter kann die der Masse entzogenen Sachen und Rechte sowie die geleisteten Zahlungen von dem anderen Theile durch dingliche oder durch persönliche Klage zurückfordern; ebenso Feststellungsklagen nach C.P.O. § 256 über das Bestehen oder Nichtbestehen von Rechtsverhältnissen anstellen. Die persönliche Klage ist die auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung, da der Empfänger durch die Leistung, die auf Grund des unwirksamen Geschäfts oder durch dieses Geschäft erfolgt ist, etwas ohne rechtlichen Grund erlangt hat. (B.G.B. § 812). Für den Umfang dieses Anspruches, der ausgeschlossen ist, soweit der Empfänger zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit nicht mehr bereichert ist (B.G.B. § 818), ist es erheblich, ob der Empfänger die Beschränkung des Verfügungsrechts des G.Schuldners gekannt hat, da der Empfänger von der Zeit seiner Kenntniß an verpflichtet ist, wie wenn der Anspruch zu dieser Zeit rechtshängig geworden wäre (B.G.B. § 819). Durch den Wegfall der Bereicherung bei gutem Glauben des Empfängers kann daher der an sich begründete Anspruch vereitelt werden. Ein Entschädigungsanspruch ist aus dem unwirksamen Rechtsgeschäft gegen den Empfänger ohne Weiteres nicht begründet. Der Bereicherungsanspruch ist gegen den Erwerber auch dann begründet, wenn das Rechtsgeschäft, weil es auf Grund des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs geschlossen wurde, wirksam ist, aber in einer unentgeltlichen Verfügung des G.Schuldners besteht (B.G.B. § 816). Zu den nach B.G.B. § 135 Abs. 2 entsprechend anzuwendenden Vorschriften zu Gunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, gehört auch der § 816, der den Rechtserwerb beschränkt. Der G Schuldner ist der Nichtberechtigte, der eine Verfügung getroffen hat, die dem Berechtigten, den K.Gläubiger gegenüber wirksam ist. Wegen des älteren Rechts vgl. preuß. A.L.R. I 7 §§ 188 ff., I. 15 §§ 15—32, I. 13 § 230. R.O.H. **21**, 215. **RG.** 24. Sept. 1891, Raff.K. **37**, 748, J.W. 511; Stieglitz Anm. VII S. 50.

11) Das Aequivalent für die Unwirksamkeit würde an sich zu Gunsten des Anderen **die Rückgewähr der Gegenleistung** sein. Der Andere müßte das Recht haben, die von ihm gewährte Gegenleistung nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zurückzufordern (vgl. Anm. 9, preuß. A.L.R. I. 16 § 170, R.O.H. **21**, 215). Hier handelt es sich darum, wieweit dieser Anspruch im Konkurse und gegen die K.Masse geltend gemacht werden kann. Der Andere soll den Anspruch nach Abs. 2 und § 59 Nr. 3 als „Massegläubiger" haben, soweit die Masse durch die Gegenleistung bereichert ist. Als Masse ist hier dasjenige anzusehen, was nicht nur rechtlich, sondern auch thatsächlich in die Verfügungsgewalt des Verwalters gekommen ist. Die Motive (38) sprechen sich dahin aus, der Andere soll zu fordern berechtigt sein, was durch das Geschäft „in die Masse gekommen" ist (vgl. § 8 Abs. 1). Das deckt sich aber nicht mit der Bereicherung. Es kann sein, daß der Verwalter ohne Kenntniß von dem Sachverhalt die Gegenleistung in der Masse vorfindet und veräußert; dann ist aus der Masse nicht der Werth der Gegenleistung, sondern nur der Erlös zu erstatten, denn es kommt darauf an, wieweit zur Zeit der Kenntniß oder der Rechts-

Digitized by Google

hängigkeit des Anspruchs eine Bereicherung vorhanden ist. Der „andere Theil" im Sinne des Abs. 2 ist im Zusammenhang mit Abs. 1 allemal derjenige, mit dem oder für den der G.Schuldner die Rechtshandlung vorgenommen hat, nach der Ausdrucksweise des § 40 Abs. 2 derjenige, „welchem gegenüber die Handlung vorgenommen ist," also, falls sie in einem Vertrage besteht, der Mitkontrahent des Schuldners. Soweit die Gegenleistung nicht zur Masse gekommen, sondern vom G.Schuldner für sich oder für Andere verwendet ist, hat „der Andere" als Massegläubiger keinen Anspruch. Ob und wann er (etwa unter Rückgewähr einer auf seine Forderung geleisteten Zahlung) unter Voraussetzung der Unwirksamkeit einen Anspruch als Konkursgläubiger geltend machen kann, wird durch § 7 Abs. 2 nicht berührt. und richtet sich nach den allgemeinen Erfordernissen einer K.Forderung gemäß § 3 und nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Folgen der Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts. Vgl. auch Anm. 3 zu § 29 und Anm. 1, 2 zu § 38. Ebenso ist durch Abs. 2 nicht berührt, was der andere Theil gegenüber dem G.Schuldner selbst außerhalb des K.Verfahrens deßhalb beanspruchen kann, weil durch seinen Konkurs die Unwirksamkeit des § 7 eingetreten ist. Dieser Anspruch ist nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Pflicht zur Gewährleistung für die Entziehung des aus dem unwirksamen Rechtsgeschäfte Geleisteten mit Rücksicht auf die konkreten Verhältnisse zu bestimmen.

12) Ob die **Unwirksamkeit** der Rechtshandlung auch **gegen einen Dritten**, d. h. einen Anderen als den, dem gegenüber die Rechtshandlung des G.Schuldners vorgenommen ist, geltend gemacht werden kann, ist nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu beurtheilen. Die Entscheidung ist danach zu treffen, ob das Recht des dritten Erwerbers von dem Rechte des ersten Erwerbers abhängt oder nicht. Hängt es davon ab, so tritt die Unwirksamkeit in ihr Recht; andernfalls kann sie nicht geltend gemacht werden, vorbehaltlich des aus der Vorschrift des B.G.B. § 816 im Falle unentgeltlicher Verfügung des ersten Erwerbers zu entnehmenden Anspruchs auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung. Vergl. B.G.B. §§ 892, 893, 932–936, 1032, 1207, 1208. W.O. Art. 74, früheres H.G. Art. 306, 307. Preuß. A.L.R. I. 15 §§ 15—33, 42 ff. code civil art. 2279, 2280, 570, 572—574. Weiteres Anm. 9 zu § 15. Ein dritter Erwerber, der einen in Folge einer unwirksamen Rechtshandlung der Masse entzogenen Gegenstand zurückgeben soll, ist (gegen Völderndorf 1, S. 148 u. Petersen-Kleinfeller Anm. II, 11) für die in Rede stehende Rechtshandlung des G.Schuldners nicht der andere Theil. Ein solcher Ditter kann daher nicht auf Grund des § 7 Abs. 2, sondern nur auf Grund der allgemeinen Rechtsgrundsätze über Bereicherung einen Anspruch auf Rückgewähr der Gegenleistung aus der Masse haben.

13) Die Vermuthung des Abs. 3 „läßt dem anderen Theile den Gegenbeweis offen." Mot. 39; jetzt C.P.O. § 292.

§ 8. (7.)

Eine Leistung, welche auf eine zur Konkursmasse zu erfüllende Verbindlichkeit nach der Eröffnung des Verfahrens an den Gemeinschuldner erfolgt ist, befreit den Erfüllenden den Konkursgläubigern gegenüber nur insoweit, als das Geleistete in die Konkursmasse gekommen ist.

War die Leistung vor der öffentlichen Bekanntmachung der Eröffnung erfolgt, so ist der Erfüllende befreit, wenn nicht bewiesen wird, daß ihm zur Zeit der Leistung die Eröffnung des Verfahrens bekannt war.

War die Leistung nach der öffentlichen Bekanntmachung erfolgt, so wird der Erfüllende befreit, wenn er beweist, daß ihm zur Zeit der Leistung die Eröffnung des Verfahrens nicht bekannt war.

E. I. II. P. 7.

1. Unwirksamkeit aller Leistungen.
2. Leistungen, die zur K.Masse kommen.
3. Guter Glaube des Leistenden.
4. Oeffentlicher Glaube des Grundbuchs.
5. Leistung ohne Verbindlichkeit.

Digitized by Google

1) **Alle Leistungen** auf eine zur Konkursmasse zu erfüllende Verbindlichkeit **sind den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam.** Regelmäßig wird eine Leistung erst dadurch vollendet, daß der Gläubiger sie annimmt. Die Annahme von Seiten des G.Schuldners ist eine Rechtshandlung, die er vornimmt, sie unterliegt also an sich schon der Vorschrift des § 7, so daß es abgesehen von den zu gewährenden Ausnahmen keiner Vorschrift mehr bedürfte. Darüber hinaus trifft die Vorschrift des § 8 auch solche Leistungen. die ohne Annahme wirksam sind und den Schuldner befreien. Es sind dies insbesondere solche Leistungen, die auf Gefahr des Gläubigers durch Uebersendung ausgeführt werden. Kommt die übersandte Sache auf dem Transport in Verlust, so ist doch geleistet und der Schuldner, abgesehen von der Einwirkung des Konkurses, befreit und gerade dann liegt der Fall vor, daß der G.Schuldner die Leistung nicht angenommen hat. Der Grund für die Unwirksamkeit auch solcher Leistungen liegt im § 6. Hat der G.Schuldner die Befugniß verloren, sein Vermögen zu verwalten, dann ist er auch nicht mehr der richtige Adressat für die übersandte Sache. Soweit nicht die Wirksamkeit einer nach der Eröffnung des Verfahrens gemachten Leistung nachgelassen ist, gilt Alles, was zu § 7 über Unwirksamkeit und das Verhältniß „den K.Gläubigern gegenüber" sowie zum G.Schuldner und dessen Vertreter gesagt ist. Hat der Leistende zur Konkursmasse im Sinne des § 1 zu erfüllen, und ist er nach § 8 von der Gewährung zur K.Masse nicht befreit, so ist die Leistung „den K.Gläubigern" gegenüber als nicht geschehen anzusehen; der Verwalter kann Erfüllung fordern. Dem G.Schuldner gegenüber bleibt die Leistung wirksam und der Leistende kann deshalb gegen ihn je nach der Sachlage einen Anspruch haben, wenn die Leistung wiederholt werden muß,

2) Die im Abs. 1 ausgesprochene Beschränkung der Wirksamkeit **„insoweit, als das Geleistete in die K.Masse gekommen ist"**, enthält in Wirklichkeit eine Beschränkung der Unwirksamkeit und entspricht als solche in gewissem Maße der Vorschrift des § 7 Abs. 2. In den früheren Ausgaben ist auch angenommen, daß sie dieselbe Bedeutung habe, wie diese. Die Motive 38 erläutern auch die Worte des § 7, „soweit letztere durch dieselbe bereichert ist" mit den Worten des § 8. Die Annahme läßt sich jedoch nicht halten. Im § 7 handelt es sich um eine Leistung, die ohne Verbindlichkeit gegen die K.Masse zu dieser gekommen ist; sie ist nur als ungerechtfertigte Bereicherung zurückzugeben. Hier handelt es sich um eine zur K.Masse geschuldete Leistung. Ist diese, wenn auch durch die Person des G.Schuldners, zur K.Masse gekommen, so hat die Masse Erfüllung der zu ihr gehörenden Forderung erhalten. Der Schuldner ist dadurch befreit und es kann nicht mehr darauf ankommen, was später aus dem Gegenstande der Leistung geworden ist. Ist die geschuldete Leistung nur theilweise zur Masse gekommen, dann ist die Verpflichtung nur theilweise, „soweit", erfüllt. Nur um Erfüllung handelt es sich. Der Erfüllende soll befreit werden und nur die Befreiung ist eingeschränkt. Bereichert ist die K.Masse durch die Erfüllung überhaupt nicht. Ist die Leistung nur so gemacht oder nur so zur Masse gekommen, daß sie als Erfüllung nicht angenommen zu werden brauchte, und ist sie auch vom K.Verwalter nicht als Erfüllung angenommen worden, (insbesondere mangelhafte Leistung oder Leistung an Erfüllungsstatt), so kommt sie für die K.Masse als eine dem Schuldner befreiende überhaupt nicht in Betracht. Was aus einer solchen Leistung zur K.Masse gekommen ist, kann nur als ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden und nur das ist eine wirkliche Analogie zu § 7 Abs. 2. Als Erfüllung einer Verbindlichkeit, die einen anderen Gegenstand hat, kann die Bereicherung nicht gelten. Vgl. Seuffert § 6, Völderndorff S. 156. Als zur K.Masse gekommen, gilt auch für § 8 nur das, was in die thatsächliche Gewalt des Verwalters gekommen ist. Da es sich nur um wirkliche Leistungen handelt, kann irgend eine andere Art der Befreiung des Schuldners nicht in Betracht kommen. Als Leistung gilt aber ebenso das facere, praestare wie das dare, als Verpflichtung, auf die etwas geleistet ist, ebenso eine dingliche wie eine persönliche. Eine Quittung des G.Schuldners hat, wenn sie nicht vor der K.Eröffnung ausgestellt ist, keine rechtliche Bedeutung für die Masse. Daß der Erfüllende verlangen kann, der Verwalter solle das an den G.Schuldner Geleistete zur K.Masse nehmen, kann nicht allgemein behauptet werden;

Digitized by Google

zur Zeit der K.Eröffnung gehört es nicht zum Vermögen des G.Schuldners (§ 1). Der Verwalter wird die angebotene Erfüllung annehmen müssen, aber keine Verantwortung haben, wenn er die Herausgabe vom Gemeinschuldner nicht verlangt; das Verlangen könnte als Genehmigung der ungehörigen Leistung gelten. Vgl. Völderndorff S. 156.

3) Die Unwirksamkeit der Leistung ist durch Abs. 2, 3 dahin beschränkt, daß der Drittschuldner, wenn ihm zur Zeit der Leistung die K.Eröffnung *nicht bekannt*, **wenn er im guten Glauben war,** unbedingt (und nicht bloß in Höhe des zur K.Masse Gekommenen) befreit wird. Ob er die Eröffnung ohne eigenes Verschulden kennen *konnte* oder mußte, ist unerheblich, Mot. 40. Anträge, die Vorschriften des Abs. 3 auf eine ohne Verschulden bestehende Unbekanntschaft einzuschränken, sind von der R.K. abgelehnt. Prot. 10, 11. Ist die Leistung durch einen Vertreter erfolgt, so ist die Wissenschaft des Vertreters zur Ausschließung der Befreiung genügend; indeß auch ohne solche die Wissenschaft dessen, welcher wissend beauftragt bezw. wissend leisten läßt. B.G.B. § 166. Windscheid § 73 Anm. 19; Kierulf Entsch. 1, 74; R.O.H. 6, 407, Strieth. 83, 268. Die *Beweislast* hinsichtlich der Kenntniß der Eröffnung ist dem Gegner des Leistenden (Verwalter) auferlegt, wenn die Leistung *vor* der öffentlichen Bekanntmachung erfolgt war (Abs. 2); dagegen dem Leistenden, wenn sie nach derselben erfolgt (Abs. 3). Für die Beweisführung ist das Prinzip der freien richterlichen Beweiswürdigung nach C.P.O. § 286 entscheidend. Die Regelung der Beweislast selbst ist jedoch eine materiellrechtliche, auch den Prozeßrichter bindende Vorschrift. Das Gegentheil ist als gewiß anzunehmen, wenn der nachgelassene Beweis nicht als geführt angesehen werden kann. Die öffentliche Bekanntmachung ist die im § 111 Abs. 1 vorgeschriebene Bekanntmachung der Formel des Eröffnungsbeschlusses, nicht der offene Arrest. Anm. 1 zu § 118.

4) **Der öffentliche Glaube des Grundbuchs** wirkt auf Grund des § 7 gemachten Vorbehalts auch für Leistungen, die nach der Eröffnung des Verfahrens an den G.Schuldner auf Grund eines im Grundbuch für ihn eingetragenen Rechtes gemacht sind (B.G.B. § 893). Die Bezahlung z. B. einer Grundschuld kann nicht anders behandelt werden als deren Abtretung. Von Bedeutung ist dies jedoch nur für den Fall, daß die Leistung nach der Bekanntmachung der Eröffnung erfolgt ist (Abs. 3), da der Beweis, daß der Leistende die Eröffnung des Verfahrens gekannt hat, wie im Falle des Abs. 2 auch bei der Anwendung des B.G.B. § 893 die Unwirksamkeit der Leistung zur Folge hat. Es wird also nur für den Fall des Abs. 3 die Beweislast umgekehrt.

5) **Leistungen,** die an den G.Schuldner oder auf dessen Anweisung an einen Dritten **ohne Verpflichtung** des Leistenden gemacht werden, fallen überhaupt nicht unter die Vorschriften des § 8. Ist insbesondere auf eine vor der K.Eröffnung nicht angenommene Anweisung oder einen vorher nicht angenommenen gezogenen Wechsel des G.Schuldners nach der K.Eröffnung Zahlung geleistet, so finden die Vorschriften des § 8 nur Anwendung, wenn die Anweisung oder der Wechsel gezogen war, um von dem Zahlenden die Erfüllung einer ihm gegen den G.Schuldner obliegenden Verpflichtung zu erlangen. Die mit dem Willen des G.Schuldners an den Dritten bewirkte Leistung steht der Leistung an den G.Schuldner gleich, B.G.B. § 185 Abs. 1. Der in anderen Fällen mit der Zahlung entstehende Anspruch auf Deckung kann nur als K.Forderung geltend gemacht werden. K.B.z.K.O.Nov. S. 8, 9.

§ 9 (neu).

Die Annahme oder Ausschlagung einer vor Eröffnung des Verfahrens dem Gemeinschuldner angefallenen Erbschaft, sowie eines vor diesem Zeitpunkte dem Gemeinschuldner angefallenen Vermächtnisses steht nur dem Gemeinschuldner zu. Das Gleiche gilt von der Ablehnung der fortgesetzten Gütergemeinschaft.

K. O. N.

1. Erbschaft und Vermächtniß. | 2. Fortgesetzte Gütergemeinschaft.

1) Gemäß B.G.B. §§ 1922, 1942, 2176 werden **die Erbschaft und das Vermächtniß** kraft Gesetzes erworben, unbeschadet des Rechts der Ausschlagung. Sie gehören also,

Digitized by Google

wenn der Anfall vor der K.Eröffnung eingetreten ist, zur K.Masse, auch wenn das Recht der Ausschlagung noch besteht. (Vgl. Anm. 20 zu § 1). Da nach B.G.B. § 1953 Abs. 1 § 2180 Abs. 3 die Ausschlagung die Wirkung hat, daß der Anfall an den Ausschlagenden als nicht erfolgt gilt, so stellt sie sich der Sache nach nicht als Verzicht auf ein bereits erworbenes Recht, sondern als die Nichtannahme eines angetragenen Rechts dar. Dies entspricht auch dem Wesen des Erwerbs von Todeswegen, der nicht nur einen vermögensrechtlichen, sondern zugleich einen persönlichen Karakter hat. In Uebereinstimmung damit B.G.B. § 517, daß in der Ausschlagung keine Schenkung liegt, § 1406 Nr. 1, § 1453 Abs. 1, daß die Ehefrau im gesetzlichen Güterstande wie in der allgemeinen Gütergemeinschaft zur Ausschlagung nicht der Genehmigung des Mannes bedarf, C.P.O. § 778 Abs. 2, daß wegen eigener Verbindlichkeiten des Erben eine Zwangsvollstreckung in den Nachlaß vor der Annahme der Erbschaft nicht zulässig ist. (Begr. K.O.N. 27). Wegen des älteren Rechts vgl. A. 20 zu § 1.

2) Für den Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft, die mit der allgemeinen Gütergemeinschaft des B.G.B. und auf Grund Ehevertrags mit der Fahrnißgemeinschaft verbunden ist, ist die Rechtslage wesentlich dieselbe wie für den Anfall der Erbschaft. Sie tritt von selbst ein, kann aber von dem überlebenden Ehegatten abgelehnt werden. Wird sie abgelehnt, so gilt sie als nicht eingetreten und es erfolgt danach die Beerbung des verstorbenen Ehegatten nach den allgemeinen Vorschriften. B.G.B. §§ 1483, 1484, 1482, 1557. Zu den gesetzlichen Erben gehört auch der überlebende Ehegatte, der Gemeinschuldner, so daß nach Ablehnung der fortgesetzten Gütergemeinschaft die Ausschlagung oder Annahme der Erbschaft in Frage kommt. Ob der Mann oder die Frau der überlebende Theil ist, macht keinen Unterschied.

§ 10. (8.)

Rechtsstreitigkeiten über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen, welche zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens für den Gemeinschuldner anhängig sind, können in der Lage, in welcher sie sich befinden, von dem Konkursverwalter aufgenommen werden. Wird die Aufnahme verzögert, so kommen die Bestimmungen des § 239 der Civilprozeßordnung zur entsprechenden Anwendung.

Lehnt der Verwalter die Aufnahme des Rechtsstreits ab, so kann sowohl der Gemeinschuldner als der Gegner denselben aufnehmen.

E. I. 13. P. 8.

1. Unterbrechung des Prozeßverfahrens.
2. Prozesse, die nicht die K.Masse betreffen.
3. Prozesse über Gegenstände der Aktivmasse.
4. Prozesse, die für den G.Schuldner anhängig sind.
5. Recht zur Aufnahme des Verfahrens.
6. Führung des aufgenommenen Prozesses.
7. Sachliche Wirkung der Aufnahme.
8. Verzögerung der Aufnahme.
9. Verfahren über die Aufnahme.
10. Ablehnung der Aufnahme.
11. Wirkung der Ablehnung gegen den Verwalter.
12. Wirkung der Ablehnung für den G.Schuldner.
13. Kosten des Prozesses.
14. Unterbrechung und Aufnahme eines Anfechtungsprozesses.

1) **Die Unterbrechung des Prozeßverfahrens** in einem anhängigen Rechtsstreit ist Voraussetzung für die Anwendung der Vorschriften des § 10 wie des § 11, des § 144 Abs. 2 und des § 146 Abs. 3. Das Prozeßverfahren wird im Falle der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen einer Partei unterbrochen, wenn es die Konkursmasse betrifft. Die Unterbrechung dauert, bis das Prozeßverfahren aufgenommen oder das K.-Verfahren aufgehoben wird. C.P.O. § 240. Wegen der Aufnahme des Prozeßverfahrens ist dabei auf die K.O. verwiesen. Hier sind die Vorschriften in §§ 10, 11, 144, 146 enthalten. Die Unterbrechung erfolgt kraft Gesetzes in dem Zeitpunkt der Eröffnung des K.Verfahrens mit den in C.P.O. § 249 bestimmten Wirkungen ohne Rücksicht auf die Kenntniß des Betheiligten oder des Gerichts oder auf den Zeitpunkt der Feststellung der Thatsachen. Partei des Prozesses muß der G.Schuldner selbst sein; Prozesse gegen eine

Digitized by Google

Handelsgesellschaft werden durch die Eröffnung des K. über das Vermögen eines Gesellschafters nicht unterbrochen. RG. 34, 362, 363. Ueber die Unterbrechung durch ausländischen Konkurs vgl. zu § 237. Ueber Unterbrechung eines schiedsgerichtlichen Verfahrens vgl. Levy in Kass.K. 37, 187.

2) **Prozesse des G.Schuldners, die nicht die K.Masse betreffen,** sondern entweder nicht Vermögensrechte verfolgen, oder nur Vermögen, das von der K.Masse ausgeschlossen bleibt, oder in denen seine Verhaftung aus späteren Rechtsgeschäften oder für virtuelle K.Forderungen in Anspruch genommen wird, die als solche zur Befriedigung aus der Masse nicht geltend gemacht werden sollen, werden ohne Rücksicht auf die K.Eröffnung vom G.Schuldner kraft seiner ihm insoweit verbleibenden Verfügungsfähigkeit fortgesetzt. Vgl. Anm. 2 zu § 6; RG. 17. Juni 1893, J.W. 351; RG. 12. Mai 1886; Kass.K. 31, 1122. Dem Einflusse des Konkurses unterliegen dagegen die anhängigen Prozesse, welche die K.Masse betreffen, deren Erfolg die K.Gläubiger durch Minderung oder Vermehrung der Aktivmasse oder der Schuldenmasse berührt. Zweifel können dadurch entstehen, daß mit Rücksicht auf die gesetzliche Freilassung einzelner Ansprüche und Vermögensobjekte aus der K.Masse (vgl. § 1) nicht unbedingt immer sofort feststeht, ob ein Anspruch zur K.Masse gehört oder dem G.Schuldner persönlich zusteht. Werden solche Zweifel nicht durch Erklärungen der Betheiligten außerhalb des Prozesses oder in einem Verfahren über die Unterbrechung (sofern dazu Gelegenheit) oder über eine Aufnahme gelöst (vgl. RG. 12. Mai 1886, Kass.K. 31, 1122), so ist ein Streit darüber zwischen dem Verwalter und dem G.Schuldner in besonderem Rechtsstreite zu entscheiden, Anm. 23 zu § 1, wobei der Gegner unter Umständen wegen seines rechtlichen Interesses Intervenient im Sinne der C.P.O. § 69 sein kann. Auch im Hauptprozesse kann der Gegner aus diesem Grunde den Einwand fehlender Prozeßfähigkeit und mangelnder Legitimation entgegensetzen. Soweit festgestellt wird, daß der Streitgegenstand nicht zur K.Masse gehört, also dem G.Schuldner persönlich gegenüber, kommen die durch das Betroffensein der K.Masse bedingte Unterbrechung und deren Wirkungen nicht in Betracht.

3) Die §§ 10, 11, stellen die Grundsätze über die Aufnahme des unterbrochenen Verfahrens in solchen **Rechtsstreitigkeiten** auf, die **über Gegenstände der Aktivmasse** (Theilungsmasse) geführt werden; wogegen § 144 Abs. 2, § 146 Abs. 3 die Rechtsstreitigkeiten betreffen, die über den Anspruch von Gläubigern auf Betheiligung an der Masse der Konkursforderungen geführt werden (Schuldenmasse), wenn auch etwa der G.Schuldner mit der negativen Feststellungsklage als Kläger aufgetreten sein sollte. Vgl. RG. 18. Okt. 1886, J.W. S. 348.

4) Welche Rechtsstreitigkeiten als **für den G.Schuldner** anhängig geworden anzusehen sind, muß im Gegensatz zu § 11 („gegen den G.Schuldner") wegen der Verschiedenheit der anzuwendenden Grundsätze festgestellt werden. Nach den Mot. 41 ff. könnte es scheinen, als sei das entscheidende Gewicht darauf gelegt, ob der G.Schuldner Kläger oder Beklagter sei. Bei dieser Unterscheidung würde es aber, da § 11 nur über *gewisse* gegen den G.Schuldner anhängige Rechtsstreitigkeiten bestimmt, für alle anderen gegen ihn anhängigen Rechtsstreitigkeiten über Gegenstände der Aktivmasse an einer Vorschrift überhaupt fehlen, während doch alle unterbrochen werden. Der Rechtsstreit, in dem ein Dritter gegen den G.Schuldner auf die Feststellung klagt, daß ein Schuldverhältniß nicht bestehe, würde nicht aufgenommen werden können. Die Unterscheidung geht dahin, daß § 10 die Aktiva, § 11 die Passiva der Masse betrifft. Nur diese Unterscheidung entspricht der Verschiedenheit der Vorschriften. Die Verfolgung der Aktiva kann der Verwalter ablehnen, den Ansprüchen gegen die Masse muß er stehen (vgl. Anm. 10 und § 11). Ist der Streitgegenstand ein Anspruch des G.Schuldners, der einen Bestandtheil der *K.Aktivmasse* bildet, also jetzt vom Verwalter *aktiv* für den G.Schuldner zu vertreten und zu verfolgen ist, und verzichtet der Verwalter nicht hierauf, so liegt ein für den G.Schuldner über K.Vermögen anhängiger Prozeß im Sinne des § 10 vor — *Aktiv-Prozesse* über Ansprüche zur Vermehrung der (Theilungs-) *Aktiv-Masse*, Prozesse, die über (persönliche oder dingliche) Ansprüche des G.Schuldners als *Streitgegenstand* oder zu Gunsten

Digitized by Google

solcher Ansprüche geführt werden; Hullmann S. 82—85; Stieglitz S. 59, 60; Fitting § 7 Anm. 5; Seuffert § 29. A.M. Sarwey-Bossert Anm. 2 und Meisner S. 58. In der Regel wird in einem solchen Prozesse der G.Schuldner als der verlangende Theil Kläger oder Widerkläger sein. Indeß der Prozeß unterliegt auch dann dem § 10, wenn darin der G.Schuldner lediglich Beklagter war. Deshalb gehören hierher Feststellungsklagen eines Gegners auf Anerkennung des G.Schuldners, daß ein Anspruch durch Zahlung erloschen ist, oder durch Cession auf einen Andern übergegangen ist, ebenso über Umfang und Modalitäten eines Anspruchs des G.Schuldners; desgleichen die Klage eines Dritten gegen den G.Schuldner auf Befreiung und Löschung eines für den G.Schuldner behaupteten Pfandrechts; darin liegt zwar ein gegen den G.Schuldner, aber nicht ein über einen Absonderungsanspruch an einem Vermögensstück des G.Schuldners (§ 11) gerichteter Prozeß vor. Ebenso fällt unter den § 10 der Anspruch des G.Schuldners, von dem auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urtheils ein Betrag durch Zwangsvollstreckung eingezogen ist, auf Rückerstattung dieses Betrages, C.P.O. n. F. 655, **RG. 11**, 398; vgl. **RG.** 5. Oktober 1899, J.W. 745, noch mehr der Schadensersatzanspruch, der nach C.P.O. n. F. § 717 im Falle der Aufhebung eines gegen den G.Schuldner ergangenen vorläufig vollstreckbaren Urtheils begründet und mit der Leistung des G.Schuldners rechtshängig geworden ist; desgleichen der Prozeß gegen den G.Schuldner, wenn dieser als Gläubiger in einem andern Konkurse im Interesse seines Anspruchs die Forderung eines andern Gläubigers bestritten hat und auf Feststellung verklagt wird, **RG. 16**, 116. Dagegen gehört umgekehrt eine Klage das G.Schuldners oder des Dritten über Pfandansprüche des Dritten an Vermögensstücken des G.Schuldners zu den Prozessen des § 11, und fällt nicht unter § 10, auch wenn der G.Schuldner zu seiner Vertheidigung selbst angriffsweise als Kläger aufgetreten ist. Ob der Gegner zugleich K.Gläubiger ist und aus einer K.Forderung Einwendungen entgegensetzt, begründet für § 10 keinen Unterschied; so wie umgekehrt ein dem § 11 oder dem Feststellungsverfahren (§§ 12, 144, 146) unterliegender Prozeß dadurch nicht anders qualifizirt wird, daß ein Anspruch des G.Schuldners Gegenstand einer Einrede ist, insbesondere einer Kompensationseinrede, durch die nur das Erlöschen der gegnerischtn Forderung in Frage gestellt wird. **RG.** 23. April 1891, J.W. 273.

5) **Die Aufnahme des Rechtsstreits**, auf den § 10 Anwendung findet, steht zunächst und abgesehen von einer demnächstigen Anwendung des Abs. 2 nicht dem G.-Schuldner, sondern nur dem K.Verwalter zu als demjenigen, der nach § 6 das Verfügungsrecht über die K.Masse hat, und deshalb den G.Schuldner in solchen Prozessen zu vertreten hat, Vorb. 3 vor § 1. Der Verwalter ist aber *nicht dazu verpflichtet* und kann darauf verzichten. Mot. 43, 44. Grundsätzlich kann in den Prozessen des § 10 auch *nicht* der Gegner seinerseits *gegen* den *Verwalter* den Prozeß aufnehmen; dieser soll nicht wider seinen Willen zum Prozeß (und zur Kostenpflichtigkeit) gedrängt werden.

6) **Die Führung des aufgenommenen Prozesses** steht dem Verwalter allein zu. Begrifflich ist der Prozeß auch dann noch ein Prozeß des G.Schuldners über dessen Vermögen; es findet keine Rechtsnachfolge Anderer (des Verwalters, des Gläubigers, der „Masse" als eines besonderen Rechtssubjektes ꝛc.) statt. Der G.Schuldner kann nur nicht selbst einen Prozeß über die K.Masse führen, weil er „insoweit" nicht prozeßfähig ist (C.P.O. § 52); er wird darin durch den Verwalter vertreten (vgl. Vorb. 3 vor § 1). Prozeßhandlungen, die der G.Schuldner vornimmt, sind auch, abgesehen von den Wirkungen der Unterbrechung des Verfahrens gemäß §§ 6, 7 den K.Gläubigern und dem Verwalter gegenüber unwirksam. Für die Partei zu handeln und die Parteieide (nach C.P.O. § 473) zu leisten, hat nur der Verwalter als gesetzlicher Vertreter im Sinne des § 51 C.P.O. **RG.** 14. Dez. 1886, J.W. 1887, S. 41. Eine analoge Anwendung des § 473 Abs. 2, 3 C.P.O., welche Schultze, S. 96, 97, Fitting § 7 Anm. 17, Petersen-Kleinfeller Anm. I 8 und Völderndorff I, 167 behufs Abnahme eines Parteieneides zulassen wollen, ist als Ausdehnung einer ganz exceptionellen Vorschrift nicht statthaft. Ist ein Parteieid vor der K.Eröffnung dem G.Schuldner auferlegt und noch zu leisten, so findet § 471 C.P.O. Anwendung; ist ein solcher schon vor der K.Eröffnung vom G.Schuldner geleistet oder verweigert, so gehört die

Digitized by Google

Wirkung des § 463 C.P.O. zu der, vom Verwalter zu übernehmenden Sachlage. Kohler S. 287, 288. Das Prozeßgericht muß die Prozeßfähigkeit nach C.P.O. § 56 von Amtswegen berücksichtigen. Der G.Schuldner kann daher auch nicht Rechtsmittel mit Wirkung für die K.Masse einlegen. Mot. 44. (Vgl. dagegen Obtr. 40, 372.) Indeß können Rechtshandlungen des G.Schuldners durch Genehmigung des Verwalters gemäß C.P.O. § 89 wirksam werden, soweit nach § 89 eine Vertretung statthaft ist. Auch als Nebenintervenient kann der G.Schuldner dem Verwalter nicht beitreten, da sein rechtliches Interesse für die K.Masse, C.P.O. § 66, vollständig durch den Verwalter vertreten ist. Mot. 44, 45; vgl. RG. 28, 422. A.M. Kohler S. 284. Schultze S. 89 ff. Es giebt für ihn auch keine andere Möglichkeit, sein Interesse an der Sache, insbesondere für die Zeit nach dem Konkurse, selbst geltend zu machen.

7) Nimmt der Verwalter den Prozeß auf (durch Zustellung eines Schriftsatzes C.P.O. § 250), so enthält dies eine Erklärung, daß er den streitigen Anspruch für die K.-Masse verlangt. Er kann sich dann der Vertretung zu Ungunsten des Gegners nicht wieder entziehn, sondern eine Entschlußänderung nur durch Verzicht (mit voller Wirkung gegen die K.Masse und den G.Schuldner) bethätigen. Fitting § 7 Anm. 7. Er muß den Prozeß „in der Lage, in der er sich befindet", fortsetzen, d. h. er hat die vor der K.-Eröffnung von und mit dem G.Schuldner erfolgten Verhandlungen sowie dessen Unterlassungen an sich gelten zu lassen. Die „Lage" bezieht sich indeß nur auf das prozessuale Verhältniß der Parteien. Die materiellen Rechte, welche als Folge der K.Eröffnung begründet werden, werden dadurch nicht verkümmert. Die K.Eröffnung und deren Folgen können, wie jede andere im Laufe des Prozesses eintretende Thatsache, geltend gemacht werden. Der Verwalter kann also im aufgenommenen Prozesse das ihm durch die K.O. gegebene Recht geltend machen, die früheren Prozeßhandlungen des G.Schuldners, soweit dies nach Tit. 3 §§ 29 ff. zulässig ist, anzufechten. Vgl. R.O.H. 16, 405. Strieth. 68, 262. Das Ergebniß des vom Verwalter aufgenommenen Prozesses gewinnt und verliert die K.Masse. Doch wirkt das Urtheil zur Hauptsache über die Dauer des Konkursverfahrens hinaus auch für und gegen den G.Schuldner. Die Kosten des Prozesses, der mit dem früher begonnenen einen Prozeß bildet, treffen im Falle des Verlustes ebenfalls die Masse. Die Pflicht zum Ersatze der Kosten ist Masseschuld, da die Aufnahme des Prozesses eine Rechtshandlung des Verwalters ist, § 59 Nr. 1, durch die er die bisherige Prozeßführung des G.Schuldners und die Prozeßlage für die K.Masse in Anspruch nimmt und genehmigt. Eine Beschränkung der Haftung der Masse auf die nach der Aufnahme erwachsenden Kosten (so Fitting § 7 Anm. 18) widerspricht dem einheitlichen Charakter des Prozesses und in gewissem Umfange der Art des Ansatzes der Gerichts- und Anwaltsgebühren. Ein Armenrecht kann der Verwalter für die K.Masse nicht beanspruchen, O.L.G. Colmar, Busch 7, 97.

8) Ob die Verzögerung der Aufnahme des Verfahrens als Voraussetzung für die entsprechende Anwendung des § 239 C.P.O. vorliegt, ist nach dem Ermessen des Prozeßgerichts ebenso zu entscheiden wie im Falle des § 239 C.P.O. selbst. Doch kann die Voraussetzung nicht mehr eintreten, wenn der Verwalter die Aufnahme ablehnt. Durch die Ablehnung wird auch eine bereits eingetretene Verzögerung erledigt. Vgl. Anm. 10.

9) Bei entsprechender Anwendung des § 239 C.P.O., der die Aufnahme der Rechtsnachfolger nach dem Tode einer Partei betrifft, ergeben sich folgende Regeln: Der Gegner kann den von ihm zu bezeichnenden K.Verwalter zur Aufnahme und zugleich zur Verhandlung der Hauptsache vor das Prozeßgericht laden lassen. RG. 27, 357. Die Ladung (mit Fristbestimmung des Vorsitzenden des Prozeßgerichts) ist dem K.Verwalter zuzustellen. Wenn der als K.Verwalter Geladene seine Qualität als solcher bestreitet, muß sie der Gegner beweisen. Erscheint der Verwalter in dem Termine nicht, so erleidet die sonst dem § 239 entsprechende Annahme, daß er als K.Verwalter bestellt sei, hier die Beschränkung, daß der Prozeßrichter, der die Prozeßfähigkeit einer Partei und die Legitimation eines gesetzlichen Vertreters von Amtswegen zu prüfen hat, Bedenken erheben und deren Beseitigung durch Nachweis verlangen kann. Die Annahme, der § 56 C.P.O. sei nicht anwendbar, weil der Verwalter nicht gesetzlicher Vertreter des G.Schuldners sei (so

Digitized by Google

Sarwey-Boffert, Anm. 4), verkennt, daß auch bei Ablehnung dieser Vertretung nach § 56 die Prozeßfähigkeit von Amtswegen zu prüfen ist. Sofern Bedenken nicht erhoben oder durch Beweis erledigt werden, hat das Prozeßgericht durch Versäumnißurtheil auszusprechen, daß das Verfahren vom K.Verwalter aufgenommen sei, und ist dann § 239 Abs. 4 anwendbar. RG. 27, 357. Ein Streit über Aufnahme und Ablehnung ist wahrer Zwischenstreit; das Urtheil, durch das der Prozeß für aufgenommen erklärt wird, ist ein Zwischenurtheil, gegen das ein selbständiges Rechtsmittel nicht zulässig ist und das beim Angriffe des in der Hauptsache ergehenden Urtheils der Nachprüfung nach §§ 512, 548 C.P.O. mitunterliegt, RG. 27, 358; 34, 382. Tritt die Unterbrechung vor Zustellung eines Urtheils, wenngleich nach dessen Verkündigung ein, so ist nur eine nach Beendigung der Unterbrechung erfolgende Zustellung für die Einlegung von Rechtsmitteln wirksam; zur Aufnahme ist dann nach C.P.O. § 239 Abs. 2 vor den bisher erkennenden Richter, nicht vor die höhere Instanz, und nur zur Verhandlung über die Aufnahme zu laden. RG. 27, 353, 358. Tritt die Unterbrechung erst nach der Zustellung des Urtheils ein, so ist in derselben, damit beendigten Instanz eine Aufnahme nicht mehr möglich; dazu ist dann in höherer Instanz zu laden, womit die Einlegung dieses Rechtsmittels (Berufung, Revision) zu verbinden ist, wenn ein solches dem Aufnehmenden zusteht, RG. 27, 357; 30. Sept. 1891, Rass.K. 36, 470.

10) **Der Verwalter kann die Aufnahme** des Verfahrens nach seiner freien Entschließung **ablehnen,** so lange er das Verfahren nicht aufgenommen hat. Er kann die Ablehnung auch noch in dem Termin zur Verhandlung über die Aufnahme des Verfahrens erklären, so daß danach das Verfahren nicht mehr durch Urtheil für aufgenommen erklärt werden darf. Er kann gegen das Versäumnißurtheil Einspruch einlegen und die Ablehnung nachholen. Es ergiebt sich das Alles aus § 10 Abs. 2 und dem inneren Grunde, daß der Verwalter nicht genöthigt werden kann, einen Anspruch für die Masse zu verfolgen. Nur werden, wenn der Fall einer Verzögerung vorgelegen hat, die bis zu deren Beseitigung durch das Verfahren über die Aufnahme entstandenen Kosten der Masse aufzuerlegen sein, § 59 Nr. 2. Ein Recht des Gegners, den Verwalter zur Aufnahme zu zwingen, kann aus der Anwendung des § 239 C.P.O. nicht hergeleitet werden. Für die Ablehnungserklärung des Verwalters ist eine Form nicht vorgeschrieben. Es genügt seine Mittheilung an den Gegner. Ueber die Verpflichtung des Verwalters, die Genehmigung des Gläubigerausschusses einzuholen oder den G.Schuldner zuzuziehen, und den (fehlenden) Einfluß der Unterlassung oder Zuwiderhandlung auf die Gültigkeit einer thatsächlich erklärten Ablehnung dem Gegner gegenüber vgl. § 133 Nr. 3, §§ 135, 136.

11) **Die Erklärung des Verwalters, daß er die Aufnahme ablehnt, ist der Ausdruck seines Entschlusses,** den seither vom G.Schuldner **geltend gemachten Anspruch für die Konkursmasse nicht verfolgen zu wollen.** Mot. 46. Einen neuen Prozeß wegen desselben Gegenstandes kann der Verwalter nicht anstrengen; es würde der Einwand der Rechtshängigkeit entgegenstehen. C.P.O. § 263. Die Klage des früheren Prozesses könnte der Verwalter wegen der gesetzlichen Unterbrechung nur nach vorgängiger Aufnahme und nur mit den Beschränkungen und Wirkungen des § 271 C.P.O. zurücknehmen. Eine Erklärung des Verwalters, daß er den Prozeß nicht aufnehmen und dennoch den streitigen Anspruch zur K.Masse geltend machen wolle (wie Hagens in Prot. 11 und Meisner S. 55 als zulässig voraussetzen) würde in sich widersprechend sein. Auf eine Zurücknahme der Ablehnung braucht der Gegner nicht einzugehen, doch kann einem Uebereinkommen des Verwalters mit dem Gegner, daß der noch anhängige Rechtsstreit nachträglich von dem Verwalter aufgenommen werden solle, die Anerkennung nicht versagt werden.

12) Die Ablehnung der Aufnahme durch den Verwalter hat ihre **Wirkung für den Gemeinschuldner.** Hat der Verwalter abgelehnt und wird danach der Gegenstand nicht für die K.Masse beansprucht, so kann der G.Schuldner darüber verfügen. Der G.Schuldner ist wieder Herr des Gegenstandes. Die Folge ist die im § 10 Abs. 2 bezeichnete Regel: sowohl der G.Schuldner kann den Prozeß zu seinen Gunsten aufnehmen, als auch dessen Gegner gegen den G.Schuldner. Den Streitgegenstand des von

Digitized by Google

dem G.Schuldner oder gegen ihn aufgenommenen Prozesses gewinnt oder verliert der G.Schuldner selbst für sich. Dernburg 2, § 14 Nr. 2, Anm. 20. Die Regel erleidet in Betreff der Aufnahme seitens des G.Schuldners ihre Ausnahmen in allen Fällen, worin der G.Schuldner aus sachlichen Gründen nicht Herr und Vertreter des Anspruchs werden kann. Ist der Anspruch mit einem andern unzweifelhaft zur K.Masse gehörigen und zu derselben gezogenen Gegenstande untrennbar verbunden, z. B. als Servitut eines Grundstücks der Masse, so daß der Gewinn des Prozesses keinesfalls dem G.Schuldner für sich, sondern nur dem Grundstücke der Masse zu Gute kommen würde, so ist mit dem in der Ablehnung des Verwalters erklärten Verzichte die Sache erledigt, und der G.Schuldner kann von der in prozessualer Beziehung im Abs. 2 ihm gegebenen Befugniß zur Aufnahme des Prozesses keinen Gebrauch machen. Ihm würde der Einwand entgegenstehen, daß er nicht legitimirt und daß durch den Verzicht des Verwalters auch mit Wirkung für den G.Schuldner das Recht beseitigt ist, weil nicht er, sondern der Verwalter das Verfügungsrecht hat. Daffelbe ist allemal der Fall, wenn der Anspruch, für dessen Verfolgung der Verwalter die Verfolgung ablehnt, mit einem andern für die Masse in Anspruch genommenen zusammenhängt, so daß der G.Schuldner den einen nicht geltend machen kann, weil der andere nicht zu seiner Verfügung steht, so bei Ablehnung der Verfolgung einer hypothekarischen Klage des G.Schuldners, die mit dessen persönlicher Forderung zusammenhängt, Hullmann S. 84, 85. In diesen Fällen kann der G.Schuldner gegen den Gegner den Prozeß nicht aufnehmen. Vgl. Fitting § 7 Anm. 8; Endemann S. 218. A.M. Sarwey-Bossert, Böldendorff, Petersen-Kleinfeller zu § 10. Ueber das Verhältniß des Gegners zu einem durch den Erwerb eines Grundstücks eintretenden Rechtsnachfolger des G.Schuldners vgl. C.P.O. §§ 265, 266.

13) Lehnt der Verwalter die Aufnahme eines vom G.Schuldner angestrengten Prozesses ab, so kann der Gegner die bis zur K.Eröffnung ihm erwachsenen **Kosten** nicht nach § 59 Nr. 1 als Masseschuld fordern. Er kann sie jedoch als K.Forderung geltend machen, wenn er nachweist, daß der G.Schuldner ihm die Kosten durch einen ungerechtfertigten Prozeß verursacht hat, und im Falle einer Durchführung des Prozesses hätte zur Kostentragung verurtheilt werden müssen. Denn die Kostenerstattungspflicht wird als prozessuale Folge des Unterliegens im Rechtsstreite schon mit dem Rechtsstreite begründet; das Recht darauf besteht also als bedingtes Recht im Sinne des § 3 schon zur Zeit der K.Eröffnung. Vgl. Anm. 9, 14 zu § 3 und Anm. 1 zu § 62. A.M. Sarwey-Bossert Anm. 5. Die Ablehnung der Aufnahme seitens des Verwalters kann ohnehin in vielen Fällen als Anerkenntniß, daß er in der Sache selbst unterlegen sein würde, ausgelegt werden. Hullmann S. 86.

14) **Die Unterbrechung und Aufnahme** des Verfahrens **über eine** nach dem Gesetze vom 21. Juli 1879 von einem K.Gläubiger erhobene **Anfechtungsklage** fällt nicht unter § 11, ist vielmehr lediglich nach § 13 des Gesetzes zu beurtheilen. Vgl. Anm. 2 zu § 29.

§ 11. (9.)

Rechtsstreitigkeiten, welche gegen den Gemeinschuldner anhängig und auf Aussonderung eines Gegenstandes aus der Konkursmasse oder auf abgesonderte Befriedigung gerichtet sind oder einen Anspruch betreffen, welcher als Masseschuld zu erachten ist, können sowohl von dem Konkursverwalter als von dem Gegner aufgenommen werden.

Erkennt der Verwalter den Anspruch sofort an, so fallen ihm die Prozeßkosten nicht zur Last.

E. I. 13. P. 8.

1. Allgemeine Voraussetzungen des § 11.
2. Ansprüche gegen den Gemeinschuldner.
3. Personen, die den Prozeß aufnehmen können.
4. Streitfälle.
5. Sofortiges Anerkenntniß des Verwalters.
6. Prozeßkosten als Konkursforderung.
7. Prozeßkosten mit dem Anspruch auf abgesonderte Befriedigung.

Digitized by Google

1) Ueber die allgemeinen Voraussetzungen für die Anwendung des § 11 vgl. § 10 Anm. 1 bis 3.

2) Der § 11 betrifft **Prozesse, deren Gegenstand ein** hinsichtlich der Aktivmasse **gegen den G.Schuldner gerichteter Anspruch ist,** also Prozesse, die passiv von dem Verwalter für den G.Schuldner zu vertreten sind, Prozesse über Ansprüche zur Verminderung der Aktivmasse. Die Parteirolle als Kläger oder Beklagter ist hier wie für § 10 nicht entscheidend. Der G.Schuldner wird in der Regel Beklagter oder Widerbeklagter sein; indeß gehören unter § 11 solche Ansprüche auch dann, wenn der G. Schuldner deshalb negatorisch geklagt hat; vgl. Anm. 4 zu § 10. Solche Prozesse sind nur in den im § 11 erwähnten drei Arten möglich:

1. über Ansprüche auf Gewährung von Gegenständen aus der K.Masse an den Kläger, — Ansprüche, die, wenn nach der K.Eröffnung geltend gemacht, sachlich auf „Aussonderung eines Gegenstandes aus der K.Masse" gerichtet sind, I. Tit. 4;
2. über Ansprüche auf Belastung einzelner Gegenstände der K.Masse zu Gunsten des Klägers, abgesonderte Befriedigung, I. Tit. 5;
3. über Ansprüche, die eine Belastung der gesammten Masse durch Masseschulden bezwecken, I. Tit. 7. Mot. 45.

Zu den Aussonderungsansprüchen sind, um die Passivprozesse über die Aktivmasse zu erschöpfen, die Prozesse über Servituten oder andere unselbständige dingliche Rechte an Gegenständen der Masse zu rechnen, vgl. § 43. Hullmann S. 82. Stieglitz Anm. I. — Ist der Antrag im anhängigen Prozesse nur auf Befriedigung und nicht auf Befriedigung aus bestimmten Gegenständen der K.Masse gerichtet, so ist dadurch noch kein auf abgesonderte Befriedigung gerichteter Rechtsstreit anhängig geworden. Ein schon anhängiger Rechtsstreit über einen Anspruch, dessen Erfüllung als Masseschuld zu erachten ist, kann zur Zeit der K.Eröffnung nur hinsichtlich der im § 59 Nr. 2 erwähnten, noch unerfüllten zweiseitigen Verträge vorliegen. Die anderen Fälle der Masseschulden des § 59 Nr. 1, 3 setzen voraus, daß die Entstehung des Anspruchs erst in die Zeit nach der K.Eröffnung fällt.

3) Die **Aufnahme** anhängiger Prozesse über die im § 11 behandelten Ansprüche kann **nur durch und gegen den Verwalter** als Vertreter des G.Schuldners **oder durch und gegen dessen Prozeßgegner** erfolgen. Die Parteirolle ist hierbei ohne Bedeutung (Prot. 11, 12, 97, 98). Durch und gegen den G.Schuldner kann der Prozeß nicht aufgenommen werden. **RG.** 14. Dezbr. 1886. J.W. 1887 S. 41. An das Ergebniß des vom Verwalter geführten Prozesses ist auch hier der G.Schuldner gebunden (Anm. 6, 7 zu § 10). Er kann auch für sich nicht als Nebenintervenient neben dem Verwalter auftreten, insbesondere auch gegenüber einem siegreichen Vindikationsanspruche weder Rechtsmittel einlegen, noch einen besonderen Rechtsstreit erheben. (Gegen Schultze S. 95 ff., 98, Kohler 286. Vgl. auch Fitting § 7 Anm. 10, 7.)

4) **Ob ein Fall des § 11 vorliegt, kann streitig werden,** sowohl im Falle der Aufnahme durch oder gegen den Verwalter als im Falle der Fortsetzung des Prozesses durch oder gegen den Gemeinschuldner. Der Streit über die daraus herzuleitenden Einwendungen der mangelnden Legitimation oder der mangelnden Prozeßfähigkeit ist im Verfahren über Unterbrechung und Aufnahme oder im Hauptprozesse zum Austrag zu bringen. Gehört im Falle einer beanspruchten Aussonderung oder Absonderung der Gegenstand nicht zur K.Masse, so kann der G.Schuldner sein Recht daran auch gegen den Verwalter selbst verfolgen (Anm. 23 zu § 1). Der Verwalter hat auch in den Fällen des § 11 das Recht, für die K.Masse auf den Gegenstand zu verzichten, betreffs dessen ein Aus-, Absonderungs- oder Masse-Anspruch geltend gemacht wird, und zu erklären, er wolle den Gegenstand nicht zur K.Masse nehmen und dem G.Schuldner die Verfügung, also auch die Prozeßführung darüber überlassen (Stieglitz Anm. II, Sarwey-Bossert Anm. 4, Wengler Anm. 3, Fitting § 7 Anm. 10, Petersen-Kleinfeller Anm. II B. 12, Endemann S. 220, Jaeger § 11 Anm. 9, gegen Hullmann Note zu Anm. 8, Völderndorff I, S. 176, 177, Meisner S. 56). Dies Recht, aus § 6 Abs. 2 folgend, ist ihm auch durch § 11 nicht genommen; vielmehr ist dann kraft seines Verzichts die Voraussetzung des § 11 für einen solchen Prozeß beseitigt.

Digitized by Google

Ausgeschlossen ist durch § 11 nur, daß der Verwalter den Gegenstand für die Masse in Anspruch nehmen und dennoch die Prozeßvertretung durch Widerspruch gegen die Aufnahme des Gegners ablehnen könnte.

5) **Erkennt der Verwalter den Anspruch an**, so ist er nach C.P.O. § 307 „auf Antrag dem Anerkenntnisse gemäß zu verurtheilen" und der Gegner erhält dadurch einen Titel zur Zwangsvollstreckung, C.P.O. § 704. Im Falle eines sofortigen, d. h. ohne Verzögerung nach der K.Eröffnung und etwaigem Antrage des Gegners auf Aufnahme, ohne vorgängiges Bestreiten und ohne Veranlassung weiterer Kosten abgegebenen Anerkenntnisses fallen aber nach Abs. 2 dem Verwalter (also der Masse) die bisherigen Prozeßkosten nicht zur Last, wie anderenfalls aus § 59 Nr. 1 folgen würde. Prot. 98. Dies soll dem § 93 C.P.O. entsprechen. Die Vorschrift des Abs. 2 kann überhaupt nur Anwendung finden, wenn der Gegner des Verwalters das Verfahren aufgenommen hat. Hat der Verwalter das Verfahren aufgenommen, so hat er den Anspruch nicht sofort anerkannt. Ein sofortiges Anerkenntniß liegt auch dann nicht vor, wenn der Verwalter durch Bestreiten oder durch Versagen der Anerkennung des Anspruchs den Gegner zur Aufnahme veranlaßt hat. Ist der G.Schuldner in der Parteirolle des Klägers gewesen, so scheint der sofortige Verzicht des Verwalters die gleiche Sachlage darzustellen, wie im Regelfalle das sofortige Anerkenntniß; es bleibt aber der erhebliche Unterschied, daß der Gegner überhaupt keine Kosten veranlaßt hat.

6) Bei der Berathung des von der K.K. zugesetzten Abs. 2 wurde vom Antragsteller (v. Bahl) bemerkt, daß der Frage, **ob die Prozeßkosten dem G.Schuldner zur Last zu legen seien oder ob der Gegner sie als K.Forderung geltend machen könne**, nicht präjudizirt werde. Hagens bemerkte, dies sei „nach allgemeinen Grundsätzen" zu entscheiden. Prot. 98. Dem G.Schuldner können sie nicht auferlegt werden, da er nur durch den Verwalter am Prozesse betheiligt ist und diesem die Kosten nicht zur Last fallen sollen. Sie können auch nicht als K.Forderung festgestellt und in diesem Sinne dem G.Schuldner auferlegt werden, da K.Forderungen nur im Wege der Anmeldung, Prüfung und Feststellung geltend gemacht werden können, §§ 12 ff., 138 ff. Die Kosten können also, da das Gericht in dem Urtheil über die Hauptsache auch über den Kostenpunkt ohne Antrag zu entscheiden hat (C.P.O. §§ 308, 321), nur dem Gegner des Verwalters auferlegt werden. Ob der Gegner die Kosten als K.Forderung geltend machen kann, ist eine Frage, die aus anderen Gesichtspunkten zu beantworten ist. Hat der Gegner aufgenommen, um ein vollstreckbares Urtheil für den nichtstreitigen Anspruch zu erlangen, so fallen ihm zwar die dadurch entstandenen Kosten endgültig zur Last, da sie zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens noch nicht entstanden waren.

Mit den übrigen Kosten aber verhält es sich wie mit den Kosten irgend eines anderen Prozesses, der in Bezug auf die Hauptsache nicht fortgesetzt werden kann, wie es hier gegenüber dem G.Schuldner der Fall ist. Die Verpflichtung zur Tragung der Prozeßkosten nach Maßgabe der Entscheidung, die in der Hauptsache ergangen sein würde, bleibt bestehen. So bestimmt es § 62 Ziff. 1 für die Kosten der Prozesse der K.Gläubiger; es spricht sich darin ein Grundsatz aus, der auch für die im § 11 bezeichneten Prozesse maßgebend ist. Man nimmt zwar an, daß der Anspruch wegen der Kosten nicht selbstständig verfolgt werden könne, und daß, soweit über die Kostenersatzpflicht im Prozesse zu entscheiden sei, im Falle dies nicht geschehen, nur im Wege des § 321 C.P.O. Abhülfe zu erreichen sei, RG. 22, 421. Aber in dem aufgenommenen Verfahren ist über die Kostentragung nur als über eine Massesschuld zu entscheiden. In weiterem Umfange würde es für die Befreiung des Verwalters an jedem Grunde fehlen. Der weitergehende Anspruch des Gegners auf Kostentragung hat mit der Hauptsache nicht aufgenommen werden können. Aus der beschränkten Bedeutung der Kostenentscheidung des Prozesses folgt auch, daß sie als rechtskräftiges Urtheil nicht entgegensteht. Eines Vorbehalts im Urtheil, der nur erläuternde Bedeutung haben könnte, bedarf es nicht. (Vgl. Makower Busch 20, 444.) Hiermit sind die Bedenken Jaegers, Anm. 17 zu § 11, daß eine Verurtheilung des Gegners des G.Schuldners zu den Kosten ungerecht sei, beseitigt.

Digitized by Google

Die Kosten können also als K.Forderung geltend gemacht werden. — Würde der Gegner jenes Obsiegens ungeachtet die Kosten zu tragen haben (C.P.O. § 93), so verbleibt es auch dabei. — Hat der Verwalter da, wo der G.Schuldner als Kläger aufgetreten war, sofort verzichtet, so wird die Tragung der Prozeßkosten, die nicht durch die Aufnahme des Prozesses entstanden sind, nicht als Masseschuld festgestellt werden können. Er hat die Prozeßführung des G.Schuldners nicht genehmigt (§ 59 Ziff. 1).

7) Bei der **Kostenentscheidung** in dem aufgenommenen Verfahren **über einen Anspruch auf abgesonderte Befriedigung** kommt noch in Betracht, daß dieser Anspruch, sofern er auf einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld oder auf dem Pfandrechte an einem Gegenstande des beweglichen Vermögens beruht, auch die Kosten der Rechtsverfolgung umfaßt. B.G.B. §§ 1118, 1192, 1210, 1273. (Vgl. Preuß. A.G. z. B.G.B. Art. 33 § 1. Preuß. E.G. v. 5. Mai 1872 § 32.) In Folge dessen kann der Gläubiger verlangen, daß das Urtheil auch auf Befriedigung wegen dieser Kosten aus dem belasteten Gegenstande erlassen wird. Mit der durch § 11 Abs. 2 ausgeschlossenen Verurtheilung des Verwalters zur Tragung der Prozeßkosten hat eine solche Verurtheilung nichts gemein, da sie eine Masseschuld nicht begründet. Ebensowenig steht sie der Verurtheilung des Gläubigers zur Tragung der Prozeßkosten entgegen, da diese sich nur auf den Ausschluß der Masseschuld und das Verhältniß zur Staatskasse bezieht. Die in früheren Ausgaben gemachte Unterscheidung, ob durch die abgesonderte Befriedigung wegen der Prozeßkosten ein anderer absonderungsberechtigter Gläubiger oder die K.Masse verkürzt werde, kann nicht aufrecht erhalten werden.

§ 12. (10.)

Konkursgläubiger können ihre Forderungen auf Sicherstellung oder Befriedigung aus der Konkursmasse nur nach Maßgabe der Vorschriften für das Konkursverfahren verfolgen.

E. I. 14. P. 8.

1. Verfolgung der Ansprüche im Konkursverfahren.
2. Verfolgung der Ansprüche gegen den Gemeinschuldner neben dem Konkursverfahren.
3. Ansprüche, für die der Rechtsweg ausgeschlossen ist.

1) **Auch die Ansprüche der K.Gläubiger auf gemeinsame Befriedigung aus der Masse** (vgl. § 3) **betreffen nur die „Konkursmasse"** Der Gläubiger kann, sofern er Sicherung (§ 67) oder Befriedigung „aus der K.Masse" erstrebt, diese nur durch Liquidirung im K.Verfahren (nach I. Tit. 8, II. Tit. 4, 5) erreichen.

2) Durch den Zusatz „aus der K.Masse" im § 12 ist per arg. e contrario zugleich ausgedrückt, daß der Gläubiger nicht unbedingt genöthigt ist, eine Forderung im K.Verfahren anzumelden, und durch Nichtanmeldung die Forderung selbst nicht verliert, und daß, wenn er sie nicht „aus der K.Masse" befriedigt haben will, das Verfahren außerhalb der Vorschriften für das K.Verfahren fällt. Sofern er dies will, kann er gegen den G.Schuldner einen Prozeß anstrengen oder fortsetzen, um eine Feststellung der Forderung gegenüber dem G.Schuldner oder dessen Verurtheilung zur Zahlung nach Aufhebung des Konkurses (vgl. § 14) zu erlangen. Vgl. R.O.H. 12, 239. (Die auf die preuß. K.O. gegründeten Entsch. in Strieth. 2, 341; 60, 625 sind hier nicht zutreffend.) Vgl. Mot. 46—49, 59 ff., Prot. 100, 173. Der Gläubiger verzichtet durch eine solche außerkonkursmäßige Klage gegen den G.Schuldner auf eine Befriedigung aus der K.Masse, da er nicht neben der Klage gegen den Schuldner zugleich die Forderung zur nochmaligen Befriedigung aus der K.Masse geltend machen kann. **RG.** 12. Mai 1886; J.W. 229; Raff.K. 31, 1122. Er kann jedoch auch zunächst seine Forderung im K.Verfahren geltend machen und verliert dadurch nicht das Recht, sie demnächst gegen den G.Schuldner persönlich zu verfolgen, soweit er nicht durch Befriedigung oder durch K.Theilungsverhandlungen (vgl. § 164) darin beschränkt ist.

Eine Klage gegen den G.Schuldner kann als Klage zur Feststellung eines Rechtsverhältnisses erhoben werden und sind dann die Voraussetzungen nach C.P.O. § 256 zu

Digitized by Google

beurtheilen. Das rechtliche Interesse an alsbaldiger Feststellung wird in der Regel für die vom G.Schuldner bestrittenen Forderungen (§ 164 Abs. 2) durch die K.Lage gegeben, **RG. 24**, 405; vorher ist es wegen der Möglichkeit der Anmeldung und der hierdurch auch dem G.Schuldner gegenüber zu erreichenden Feststellung selten vorhanden und für angemeldete Forderungen dadurch bedingt, daß die Forderung, insbesondere auch seitens des G.Schuldners, bestritten wird, da für nicht bestrittene die Feststellung durch den Konkurs erfolgt und ein Interesse an besonderer Feststellung fehlen wird. Vgl. Hullmann Anm. 3. Der Weg der Feststellungsklage ist indeß (gegen Fitting § 9 Anm. 7, § 12 Anm. 43) nicht der allein zulässige. Der Gläubiger kann auch mit dem Antrage auf Gewährung einer Leistung nach Aufhebung des Konkurses klagen. **RG. 29**, 73. — Ob und unter welchen Umständen ein Klagerecht auf künftige Leistung gegeben ist, ist eine materiell-rechtliche Frage, die nach dem außerhalb des Konkurses geltenden Rechte zu beantworten ist (C.P.O. §§ 257—259). Das Interesse für Feststellungs- und Leistungsklagen wird nicht bloß dann praktisch, wenn durch die vorgängige Entscheidung über die Forderung an den G.Schuldner Ansprüche gegen Dritte bedingt sind (Fitting § 9 Anm. 11), sondern auch namentlich dann, wenn sich ein Gläubiger der in den §§ 65, 69, 70 bezeichneten Forderungen seine Rechte für die Zukunft sichern und nicht unter den Beschränkungen der K.O. an der K.Masse betheiligen will. Vgl. §§ 164, 193. Ein Gläubiger, der ein Recht auf eine Sachleistung oder Handlung des G.Schuldners hat, kann dies Recht gegen den G.Schuldner außerkonkursmäßig verfolgen und dann allerdings nicht gleichzeitig das alternative Recht auf Liquidirung des Interesse (§ 69) im Konkurse geltend machen. Ob und wann die Einforderung oder Annahme der Naturalleistung dem Anspruche auf das Interesse oder umgekehrt die Einforderung oder Annahme des Interesse dem Anspruche auf die Naturalleistung präjudizirt, ist (gegen Oetker 1, 208 ff.) keine prozessualische Frage, vgl. C.P.O. § 893, sondern nach dem Civilrecht zu entscheiden (vgl. B.G.B. §§ 250, 283, 326, 634).

Anhängige Prozesse über K.Forderungen werden unterbrochen, sofern sie zur Befriedigung aus der K.Masse geltend gemacht werden, da die Unterbrechung gemäß § 240 C.P.O. dadurch bedingt ist, daß der Prozeß die K.Masse betrifft. Dagegen ist, sofern es sich um eine **Verfolgung des Anspruchs gegen den G.Schuldner** handelt, diesem gegenüber nicht die K.Masse betroffen, und eine Unterbrechung des Prozesses mit ihren Wirkungen nicht eingetreten; der G.Schuldner kann, wenn er selbst das Verfahren fortsetzt, sich betreffs der Verfolgung gegen ihn nicht auf eine Unterbrechung durch die K.Eröffnung berufen. **RG. 25**, 17. Ob ein, gegen den G.Schuldner auf vermögensrechtliche Befriedigung gerichteter Prozeß die Befriedigung aus der K.Masse erstreben soll, kann nur durch die Erklärung des Gläubigers festgestellt werden; er hat dazu nach Anmeldung und Prüfung gegen den bestreitenden Verwalter bez. bestreitende andere Gläubiger den Prozeß aufzunehmen, §§ 144, 146; der Verwalter ist dazu außer dem Falle des § 146 Abs. 6 nicht berechtigt. **RG. 16**, 358. Der Gläubiger kann andererseits (ausdrücklich oder stillschweigend) erklären, daß er auf Befriedigung aus der K.Masse verzichte und, nur den G.Schuldner persönlich verfolgend, den Prozeß gegen ihn fortsetzen. Es bedarf aber einer Erklärung des Gläubigers über die Fortsetzung, da sonst der vor der K.Eröffnung begonnene Prozeß als die Masse betreffend den Vorschriften § 12, § 6 Abs. 2 unterliegt, **RG.** 12. Mai 1886, J.W. 229, Raff.K. **31**, 1122; 27. Febr. 1894, J.W. 172; Gleichzeitige Geltendmachung gegen den Verwalter und den G.Schuldner ist nach den Gesetzen der Rechtshängigkeit somit nicht statthaft, **RG. 29**, 74; Seuffert S. 187; Jaeger § 12 Anm. 3, vgl. auch **RG. 30**, 45. Bei einem, erst nach der K.Eröffnung gegen den G.Schuldner vom Gläubiger angestellten Prozesse wird die Absicht der lediglich persönlichen Verfolgung anzunehmen sein. **RG. 29**, 75. Der G.Schuldner ist dann berechtigt, zur Vermeidung einer, nach § 12 unzulässigen Vollstreckbarkeit während des Konkurses diese Unzulässigkeit in der Exekutionsinstanz einzuwenden, und auch schon im Prozesse eine entsprechende Einschränkung der Verurtheilung zuverlangen, was auch schon im Antrage auf unbedingte Abweisung enthalten ist. **RG. 29**, 76.

In allen Fällen unterliegt die gegen den G.Schuldner außerhalb des Konkurses ver-

Digitized by Google

folgte K.Forderung den Wirkungen des Zwangsvergleichs und dann, da der Zwangsvergleich die Umwandlung einer jeden K.Forderung, deren Gegenstand nicht ohnehin Geld ist, in eine Interessenforderung voraussetzt, auch dieser umwandelnden Kraft des Konkurses. Die hieraus entstehenden Rechtsänderungen sind auch noch nach dem Urtheil geltend zu machen gemäß C.P.O. § 767, und es wird bei der Prüfung, ob ein rechtliches Interesse des Gläubigers an der alsbaldigen Feststellung vorliege (C.P.O. § 256), das besondere entgegenstehende Interesse des G.Schuldners nicht unberücksichtigt bleiben dürfen.

3) Auch **Forderungen, die an sich nicht im Rechtswege, sondern im Verwaltungswege geltend zu machen sind,** müssen behufs der Betheiligung an der K.Masse nach den Vorschriften der K.O. angemeldet und verfolgt werden. § 146 Abs. 5. „Auf sie findet aber nicht die C.P.O. Anwendung. Ob und wie daher Verwaltungsprozesse, welche etwa anhängig sind, durch die K.Eröffnung unterbrochen werden, richtet sich nach den landesrechtlichen Vorschriften über das Verwaltungsverfahren." Mot. 49. Die preuß. Ges. vom 3. Juli 1875, G.S. S. 375, vom 26. Juli 1876, GS. S. 297 und vom 2. August 1880, G.S. S. 315, 30. Juli u. 1. August 1883, G.S. S. 195, 237, betreffend das Verwaltungsstreitverfahren, enthalten keine Bestimmungen über Unterbrechung durch einen Konkurs. Für jedes Verfahren sind die allgemeinen Grundsätze durchgreifend, daß nach der K.Eröffnung der G.Schuldner hinsichtlich der Masse nicht mehr zu Verfügungen befugt und der Verwalter sein gesetzlicher Vertreter ist. §§ 6, 7.

§ 13 (neu).

Ein gegen den Gemeinschuldner bestehendes Veräußerungsverbot der in den §§ 135, 136 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichneten Art ist den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam; wirksam bleibt jedoch eine bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen erfolgte Beschlagnahme.

K. O. N.

1. Unwirksame Veräußerungsverbote. | 2. Beschlagnahme von Gegenständen des unbeweglichen Vermögens.

1) **Die Veräußerungsverbote der §§ 135, 136 B.G.B.** sind gesetzliche Veräußerungsverbote, die nur den Schutz bestimmter Personen bezwecken, und Veräußerungsverbote, die von einem Gericht oder einer anderen Behörde innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassen werden. Den Gegensatz bilden die im öffentlichen Interesse erlassenen gesetzlichen Veräußerungsverbote. Die von einer Behörde erlassenen können auch immer nur das Interesse bestimmter Personen betreffen. Die für unwirksam erklärten Veräußerungsverbote dienen nur zum Schutze obligatorischer Ansprüche. Ihre Unwirksamkeit wird deshalb durch die grundsätzliche Gleichberechtigung aller K.Gläubiger gerechtfertigt. Zu den Veräußerungsverboten gehört auch die einstweilige Verfügung, durch die zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstücke oder an einem das Grundstück belastenden Rechte die Eintragung einer Vormerkung in das Grundbuch angeordnet wird; aber § 883 B.G.B. entzieht die Vormerkung dem Einflusse des § 13. Die Unwirksamkeit gegenüber den K.Gläubigern hat die Bedeutung, daß der Verwalter über den Gegenstand des Verbots, soweit dieses in Frage kommt, rechtsgültig verfügen kann. Ist der Konkurs beendigt, ohne daß der Verwalter verfügt hat, so kann der G.Schuldner die Unwirksamkeit für sich nicht geltend machen.

2) **Die Beschlagnahme eines Gegenstandes des unbeweglichen Vermögens,** C.P.O. § 864, bei der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung enthält ein Veräußerungsverbot zu Gunsten des betreibenden Gläubigers, Ges. über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 24. März 1897 §§ 20, 23, 146, 148, 162. Diese Beschlagnahme steht aber in dem Verfahren an Stelle der bei Gegenständen des beweglichen Vermögens eintretenden Pfändung. Sie konnte ohne Durchbrechung der Grundsätze des Grundbuchrechts nicht ein Pfandrecht begründen und erlischt deshalb zugleich mit dem Verfahren. Aber sie begründet ebenso wie die Pfändung ein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus den be-

Digitized by Google

schlagnahmten Gegenständen (§ 10 Abs. 1 Nr. 5, §§ 146, 162 des Ges., § 47) und bleibt deshalb auch im Konkurse wirksam. (Ebenso nach dem Pr.G. v. 13. Juli 1883 § 30. **RG. 12, 258, 19,** 300 ff.) Die Verfügungen des K.Verwalters unterliegen den im § 135 B.G.B. bestimmten Wirkungen. Wegen eines Anspruches, dessen Befriedigung aus dem Gegenstande des unbeweglichen Vermögens verlangt werden kann, erfolgt die Beschlagnahme auch nach der K.Eröffnung und zwar gegen den Verwalter.

§ 14. (11.)

Während der Dauer des Konkursverfahrens finden Arreste und Zwangsvollstreckungen zu Gunsten einzelner Konkursgläubiger weder in das zur Konkursmasse gehörige, noch in das sonstige Vermögen des Gemeinschuldners statt.

In Ansehung der zur Konkursmasse gehörigen Grundstücke, sowie der für den Gemeinschuldner eingetragenen Rechte kann während der Dauer des Konkursverfahrens eine Vormerkung auf Grund einer einstweiligen Verfügung zu Gunsten einzelner Konkursgläubiger nicht eingetragen werden. Das Gleiche gilt von der Eintragung einer Vormerkung in Ansehung eines Schiffspfandrechts.

E. I. 15. P. 9. K. O. N.

1. Verbot im Allgemeinen.
2. Verbot nur für Konkursgläubiger.
3. Verbot für das vom Konkurse ausgeschlossene Vermögen.
4. Arrest und Zwangsvollstreckung gegen die Person.
5. Wirkung vollzogener Akte.
6. Vollstreckung einstweiliger Verfügungen.

1) **Zu dem Zwecke „die Masse unter alle Gläubiger gemeinsam zu vertheilen", ist das einzelne Vorgehen der Konkursgläubiger während der Dauer des K.Verfahrens gehemmt.** Mot. 50. Das Hinderniß betrifft noch nicht die Zeit der vorbereitenden Stadien vor der K.Eröffnung, soweit nicht die gesetzliche Wirkung eines etwa erlassenen Verbots gemäß § 106 reicht, und hindert andererseits keinen K.Gläubiger nach der K.Beendigung an Zwangsvollstreckungen, § 164. Vgl. auch Anm. zu § 106 und nachstehende Anm. Nur die Folgen eines deutschen K.Verfahrens werden durch § 14 bestimmt; für einen ausländischen Konkurs ist § 14 nicht anwendbar, vgl. § 237; **RG. 14,** 407.

2) **Das Verbot gilt nur** gegen Anträge **für Konkursgläubiger.** Aussonderungsberechtigte (Vindikanten) und Absonderungsberechtigte können Zwangsvollstreckungen, Arreste und einstweilige Verfügungen veranlassen. Vgl. §§ 4, 126, 127. Anm. zu § 3, Anm. zu § 127. Auch Massegläubiger sind daran nicht gehindert. Neue Gläubiger, deren Forderungen nach der K.Eröffnung erst entstanden sind, können gegen das nicht zur K.Masse gehörige Vermögen des G.Schuldners Arreste und Zwangsvollstreckungen veranlassen. Gläubiger, die zu den K.Gläubigern nicht gehören, weil ihre Ansprüche nicht das Vermögen betreffen, sind vom Verbote des § 14 an sich nicht betroffen, soweit nicht ihre Forderungen sich in Geldforderungen verwandeln und dann K.Forderungen sind. Das Verbot des § 14 ist andererseits gegen alle K.Gläubiger gerichtet, ohne Rücksicht darauf, ob sie sich zur Befriedigung aus der K.Masse gemeldet haben oder überhaupt nicht melden wollen. — Auch ein Verzicht auf Betheiligung an der K.Masse ändert nichts; durch einen solchen Verzicht können sie zwar die den K.Gläubigern nach dem Prinzipe des § 3 eingeräumten Rechte verlieren, sich aber den in den §§ 12, 14 auferlegten Pflichten und Beschränkungen nicht entziehen. Die im § 63 bezeichneten Gläubiger sind nicht K.Gläubiger, also dem § 14 nicht unterworfen; durch § 63 sind sie von der Betheiligung an der K.Masse ausgeschlossen; ein Angriff gegen sonstiges Vermögen des G.Schuldners ist ihnen nicht verwehrt und hat auch für die K.Gläubiger jedenfalls kein die K.Masse (§ 3) betreffendes Interesse. Fitting § 8 Anm. 21.

3) Die „Billigkeitsrücksichten und wirthschaftlichen Erwägungen", die dazu geführt haben, gemäß § 1 der K.Masse den neuen Erwerb des G.Schuldners zu entziehen, haben

Digitized by Google

auch das **Verbot der Zwangsvollstreckung in das von der Masse ausgeschlossene Vermögen** veranlaßt. Mot. 52. Prot. 12—14, Zu dem vom Verbote des § 14 betroffenen „sonstigen" Vermögen gehört sowohl das gesetzlich zur K.Masse nicht gehörige, als auch die vom Verwalter etwa dem G.Schuldner freigegebenen Gegenstände. Ebenso können K.Gläubiger nicht an der K.Masse eines über den neuen Erwerb eröffneten zweiten Konkurses Theil nehmen; die Anmeldung zu einem solchen bewirkt zwar weder einen Arrest noch eine Zwangsvollstreckung im gesetzlichen Sinne für sie, steht jedoch einer Klage auf Betheiligung gleich, die, wenn zulässig, thatsächlich durch gleichwirkende Mittel zu dem gleichen Ergebniß führen und der ratio legis der §§ 14 und 1 widersprechen würde, durch die der § 3 in Betreff der Ausschließung des Neuerwerbs beschränkt wird. Hullmann Anm. 2; Stieglitz Anm. VII; Sarwey-Bossert Anm. 5; Kohler 534; Petersen-Kleinfeller Anm. III 21 zu § 1. A.M. Oetker 1, 203; Endemann S. 128, 129; Jäger A. 59 zu § 1. Eine besondere Bestimmung enthält das Anfecht.Ges. vom 21. Juli 1879 § 13 Abs. 5: **Rechtshandlungen**, welche der G.Schuldner rücksichtlich seines nicht zur K.Masse gehörigen Vermögens vorgenommen hat, können von den K.Gläubigern auch während des K.Verfahrens nach Maßgabe dieses Gesetzes angefochten werden." „Die Rücksichtnahme auf die künftige Prosperität des G.Schuldners", die für die Vorschrift des § 14 bestimmend ist, vgl. Anm. 3, fällt fort, „wenn der G.Schuldner die ihm gewährte Erwerbsfreiheit mißbraucht, um über sein erworbenes Vermögen in einer an sich der Anfechtung unterliegenden Weise zum Nachtheile seiner Gläubiger zu verfügen." Mot. z. Anfecht.Ges. S. 668.

4) Dadurch, daß § 14 den K.Gläubigern die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des G.Schuldners verbietet, ist ihnen zugleich der einzige Fall, in welchem die persönliche Haft nach § 918 C.P.O. als **„persönlicher Sicherheitsarrest"** gestattet ist, gegen den G.Schuldner **untersagt**; weil für diese Haft vorausgesetzt ist, daß sie „erforderlich ist, um die gefährdete Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners zu sichern". Auch Anträge auf Leistung des Offenbarungseides nach C.P.O. §§ 899 ff. sind als Theil der Zwangsvollstreckung unzulässig; es bleibt nur die Befugniß aus § 125 K.O. Soweit außer einer Z.V. in das Vermögen eine Verfolgung nach C.P.O. §§ 888, 890 zur Erzwingung von Handlungen und Unterlassungen zulässig ist, wird sie durch § 14 nicht gehindert. — Einer Aufrechnung der K.Forderung steht § 14 nicht entgegen. **RG. 26**, 67.

5) Sofern zur Zeit der K.Eröffnung der Pfändungsakt für bewegliches Vermögen noch nicht vollzogen oder die zur Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen (C.P.O. §§ 864, 865) bei Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung erforderliche Beschlagnahme (Ges. über die Zwangsversteigerung §§ 20, 146, 162) noch nicht wirksam geworden ist (§§ 22 ebenda), darf die Vollstreckung nicht weiter gehen. Vgl. Obtr. **49**, 372; Strieth. **46**, 254. Demnach darf dann auch die Eintragung einer Zwangshypothek, die nach C.P.O. §§ 866, 867 (ebenso wie nach dem Preuß. Ges. v. 13. Juli 1883 §§ 2, 6—12, **RG. 28**, 283) ein Akt der Zwangsvollstreckung ist, nicht mehr erfolgen, da die Hypothek nach C.P.O. § 867 erst mit der Eintragung entsteht. Vollstreckungshandlungen, die gegen § 14 erfolgen, sind wirkungslos und begründen also kein Pfandrecht und kein Recht auf abgesonderte Befriedigung. **RG. 28**, 284. Der Vorpfändung nach § 845 C.P.O. kann nach der K.Eröffnung nicht mehr durch Pfändung die erst durch diese zu erwerbende Wirkung verschafft werden. **RG. 26**, 427. Der Gerichtsvollzieher darf, wenn ihm die K.Eröffnung oder der Erlaß eines Veräußerungsverbots nach § 106 nachgewiesen wird, keine Pfändung vornehmen. Vorher ist er daran selbst durch den Antrag auf K.Eröffnung nicht gehindert. — **Soweit dagegen zur Zeit der K.Eröffnung Arreste oder Zwangsvollstreckungen schon erwirkt sind, behalten sie für den Konkurs** (abgesehen von einer Anfechtbarkeit, § 35) **ihre Wirkung.** Ein Gläubiger, für den eine Sache oder eine Forderung gepfändet oder ein Gegenstand des unbeweglichen Vermögens in Beschlag genommen worden ist, ist ein absonderungsberechtigter Pfandgläubiger geworden, insoweit also dem § 14 nicht mehr unterworfen. Der Verkauf solcher Sachen sowie die Ueberweisung und Geltendmachung gepfändeter Forderungen wird durch den Konkurs nicht gehindert, § 5 Abs. 2; das Zwangsvollstreckungsverfahren ist kein anhängiges Streitverfahren, welches nach § 240 C.P.O. unterbrochen würde.

Digitized by Google

6) **Der zweite Absatz** ist durch K.O.N. hinzugefügt. Er spricht aus, daß die Vollziehung einer einstweiligen Verfügung, die gemäß §§ 883, 885 B.G.B. zur Sicherung eines bestehenden oder noch zu erwerbenden Rechts an Grundstücken oder an eingetragenen Rechten erlassen ist, der Zwangsvollstreckung gleichsteht, also gleichfalls unzulässig ist. Was von Grundstücken und den eingetragenen Rechten an Grundstücken gilt, gilt auch von den ihnen gleich gestellten Berechtigungen, B.G.B. § 1017 Abs. 2 E.G. z. B.G.B. Art. 63, 68; 67, 69, 196. A.G. z. B.G.B. f. Pr. Art. 40. Es gilt auch in Ansehung des von der Eintragung in das Schiffsregister abhängigen Schiffspfandrechts. Die Vorschrift der C.P.O. § 895, die in der Begründung der K.O.N. gleichfalls erwähnt ist, wird durch die Vorschrift des Abs. 2 nicht mitbetroffen. Sie bestimmt, daß, wenn durch vorläufig vollstreckbares Urtheil der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt ist, auf Grund deren eine Eintragung in das Grundbuch oder in das Schiffsregister erfolgen soll, die Eintragung einer Vormerkung (oder eines Widerspruchs) als bewilligt gelten soll. Eine einstweilige Verfügung ist dabei nicht in Frage. Einstweilige Verfügungen anderen Inhalts sind entweder als Veräußerungsverbote ohne Wirkung (§ 13) oder sie bleiben, wenn danach ein gewisser Zustand hergestellt ist, in Kraft, oder sie begründen einen Schuldtitel für eine K.Forderung oder ihre Vollziehung fällt, wenn sie an sich eine andere Zwangsvollstreckung als eine solche in das Vermögen begründen, unter die Vorschrift des § 15. —

§ 15 (12.)

Rechte an den zur Konkursmasse gehörigen Gegenständen sowie Vorzugsrechte und Zurückbehaltungsrechte in Ansehung solcher Gegenstände können nach der Eröffnung des Verfahrens nicht mit Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern erworben werden, auch wenn der Erwerb nicht auf einer Rechtshandlung des Gemeinschuldners beruht. Die Vorschriften der §§ 878, 892, 893 und des § 1260 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bleiben unberührt.

E. 1. 16. 18. P. 10. 11. K. O. N.

1. Verhältniß der früheren Fassung zu der jetzigen.
2. Gegenstand der Vorschrift.
3. Erwerb vom Gemeinschuldner auf Grund des Grundbuches.
4. Eintragungen in das Grundbuch.
5. Erwerb durch Eintritt einer Bedingung.
6. Erwerb bereits bestehender Rechte Dritter.
7. Erwerb durch Rechtshandlungen des K.Verwalters oder eines berechtigten Dritten.
8. Erwerb von Bestandtheilen einer Sache.
9. Erwerb durch Rechtshandlungen eines nichtberechtigten Dritten.
10. Erwerb eines Schiffspfandrechts.
11. Erwerb durch Verbindung, Vermischung, Verarbeitung.
12. Erwerb durch Zwangsvollstreckung.
13. Erwerb durch Ersitzung.
14. Erwerb eines Fundes.
15. Erwerb von Vorzugsrechten.
16. Erwerb von Zurückbehaltungsrechten.
17. Vermuthung über die Zeit des Erwerbes.
18. Verweisung auf § 7.

1) **Der bisherige durch § 15 ersetzte § 12 lautete:**

> Pfand- und Hypothekenrechte, Vorzugsrechte sowie Zurückbehaltungsrechte an Gegenständen der Konkursmasse können nach der Eröffnung des Konkursverfahrens nicht mit verbindlicher Kraft gegen die Konkursgläubiger erworben oder eingetragen werden, wenngleich der Anspruch auf den Erwerb oder die Eintragung schon vor der Eröffnung des Verfahrens begründet gewesen ist.

Diese Fassung ist insofern für zu eng gehalten, als sie von den Rechten an den zur K.Masse gehörenden Gegenständen nur die Pfand- und Hypothekenrechte, nicht aber andere Rechte traf, Eigenthum, Erbbaurecht, Dienstbarkeiten, dingliches Vorkaufsrecht, Reallasten. Sie ließ auch nicht ohne Weiteres erkennen, daß die Vorschrift sich nicht auf den Erwerb bezieht, der auf Rechtshandlungen des G.Schuldners beruht, die nach der K.Eröffnung vorgenommen sind (§ 7). Die Vorschrift bezieht sich aber ebensowenig nur auf solchen Erwerb, der auf einer Rechtshandlung des G.Schuldners überhaupt nicht beruht. Mit der Fassung, „auch wenn der Erwerb nicht auf einer Rechtshandlung des G.Schuldners beruht"

Digitized by Google

wird vielmehr jeder in die Zeit nach der K.Eröffnung fallende Erwerb getroffen, der nicht auf einer nach der K.Eröffnung vorgenommenen Rechtshandlung des G.Schuldners beruht. Von den Rechten, die auf Grund einer mit dem G.Schuldner vor der K.Eröffnung geschlossenen Einigung durch Eintragung in das Grundbuch nach der K.Eröffnung erworben werden, B.G.B. §§ 873 ff. würde man nicht sagen können, daß ihr Erwerb nicht auf einer Rechtshandlung des G.Schuldners beruhe, und doch soll gerade dieser Erwerb, der auf einer an sich wirksamen Rechtshandlung des G.Schuldners mitberuht, mitgetroffen werden, wie die Erwähnung der §§ 892, 893 B.G.B. zeigt. Der § 15 enthält eine Ergänzung des § 7 dahin, daß das ganze zur K.Masse gehörende Vermögen durch die Eröffnung des K.Verfahrens in Beschlag genommen wird. Seine Bedeutung geht damit über den Zweck des früheren § 12, die Gleichberechtigung der K.Gläubiger nach dem zur Zeit der K.Eröffnung vorhandenen Stande zu erhalten, hinaus, obgleich er diesem Zwecke auch noch ferner dient. Diesem Zwecke ausschließlich dient die Erwähnung der Vorzugsrechte. Ist danach die Bedeutung der Regel des § 15 in Verbindung mit § 7 dahin klar, daß sie jeden in die Zeit nach der K.Eröffnung fallenden Erwerb von Rechten an der K.Masse ausschließt, so liegen die Schwierigkeiten in den Ausnahmen.

2) Bei den Vorschriften des § 15 handelt es sich immer nur um den Erwerb von Rechten an den Gegenständen der K.Masse Dazu gehören auch die zur K.Masse gehörigen Rechte selbst, namentlich Forderungen (das Gläubigerrecht). Schuldverbindlichkeiten, die einen Gegenstand der K.Masse betreffen, begründen für den Berechtigten immer nur die Eigenschaft eines K.Gläubigers und als solcher kann nur der Gläubiger einer zur Zeit der K.Eröffnung bestehenden Forderung gelten, § 3. Eine erhebliche Abweichung hiervon begründet aber die Möglichkeit, den Anspruch auf Eintragung oder Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstücke oder an einem das Grundstück belastenden Rechte oder auf Aenderung des Inhaltes oder Ranges eines solchen Rechtes durch Eintragung in das Grundbuch zu sichern, B.G.B. § 883. Der so gesicherte Anspruch kann auch durch Verfügungen des K.Verwalters nicht vereitelt werden, unterliegt also an sich den für Rechte an den Gegenständen der K.Masse geltenden Vorschriften des § 15. Ob ein Recht an dem Gegenstande oder nur ein Recht auf Begründung oder Uebertragung eines solchen Rechtes vor der K.Eröffnung erworben ist, kann thatsächlich, je nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts, zweifelhaft sein. Immer aber ist daran festzuhalten, daß, wenn auch nur eins von mehreren Erfordernissen des Erwerbes eines Rechtes an dem Gegenstande erst nach der K.Eröffnung erfüllt ist, der Erwerb erst nach diesem Zeitpunkt stattfindet und deshalb der § 15 Anwendung findet, sofern nicht bereits § 7 anwendbar ist. Was zum Rechtserwerb erforderlich ist, bestimmt sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes.

3) Die Anwendung des § 15 auf den durch Eintragung in das Grundbuch vermittelten Rechtserwerb erleidet eine erhebliche Einschränkung durch Zulassung der Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs, wie sie durch die vorbehaltene Anwendung der §§ 892, 893 B.G.B. gegeben ist. Ein solcher Vorbehalt war in Ermangelung eines einheitlichen Grundbuchrechts in der früheren Fassung des Paragraphen nicht enthalten. Da nach dem Preuß. Ges. vom 5. Mai 1872 der die Eintragung in das Grundbuch voraussetzende Rechtserwerb erst mit der Eintragung vollendet wurde, so war jede nach der K.Eröffnung erfolgende Eintragung für diesen Rechtserwerb den K.Gläubigern gegenüber unwirksam. In Betracht kommt zunächst nur der Abs. 1 Satz 2 des § 892 und dessen Anziehung im § 893, daß eine dem Berechtigten in der Verfügung über ein im Grundbuche eingetragenes Recht aufliegende Beschränkung dem Erwerber gegenüber nur wirksam ist, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekannt ist. (Die Vorschrift Abs. 1 Satz 1, Annahme der Richtigkeit des Inhalts des Grundbuchs, kommt erst in Betracht, wenn ein Nichtberechtigter verfügt hat.) Die hier fragliche Verfügungsbeschränkung ist in der Eröffnung des K.Verfahrens enthalten (§ 110) und wirkt nur zu Gunsten der K.Gläubiger. — Die Eröffnung des Verfahrens ist die Thatsache, deren Eintragung oder Kenntniß erforderlich ist, um den Rechtserwerb auszuschließen, § 113. (Wegen

Digitized by Google

der Bedeutung eines der Eröffnung des Verfahrens vorausgehenden Veräußerungsverbotes vgl. § 106.) Als den Zeitpunkt, in dem die den Erwerb ausschließende Kenntniß vorhanden gewesen sein muß, bestimmt B.G.B. § 892 Abs. 2 die Zeit der Stellung des Antrags auf Eintragung oder, wenn die bindende Einigung der Betheiligten erst später zu Stande kommt, die Zeit der Einigung. Ist die Einigung erst nach der K.Eröffnung zu Stande gekommen, so ist § 7 anzuwenden. Ist sie vorher zu Stande gekommen, so würde sie zwar, wenn der Eintragungsantrag erst nach der K.Eröffnung gestellt sein sollte, nach dem gleichfalls vorbehaltenen § 878 B.G.B. den K.Gläubigern gegenüber ihre Wirkung verlieren, aber die Nichtberücksichtigung der Verfügungsbeschränkung gemäß § 892 deckt auch diesen Mangel, während die Kenntniß der K.Eröffnung zur Zeit der Stellung des Eintragungsantrages ohnehin die Wirksamkeit des Rechtserwerbs ausschließt. § 878 trifft nur noch besonders den Fall, daß auch der Antrag in die Zeit vor der K.Eröffnung fällt; aber die zur Zeit des Antrages nicht vorhandene Verfügungsbeschränkung kann zu dieser Zeit niemals bekannt sein (§ 892). Der zu Gunsten des § 878 B.G.B. gemachte Vorbehalt erscheint danach ohne Bedeutung.

4) **Der Eintragung von Rechten in das Grundbuch** stehen die Vorschriften der §§ 7, 15, in keinem Falle entgegen, da immer nur eine Unwirksamkeit gegenüber den K.Gläubigern in Frage kommt. Die Sicherung der K.Gläubiger ist in der Eintragung der K.Eröffnung (§ 113) zu suchen. Ob.Tr. 47, 381. Strieth. 45, 97. Entsch. d. O.L.G. in Sachen der freiw. Gbk. Bd. 2 S. 139.

5) **Ohne Rechtshandlung des G.Schuldners können Rechte an Gegenständen der K.Masse auch dadurch erworben werden, daß eine aufschiebende Bedingung, unter der das Recht einem Dritten zusteht, oder eine auflösende Bedingung, unter der das Recht des G.Schuldners steht, eintritt.** Mit dem Eintritt der Bedingung endigt das Recht des G.-Schuldners und beginnt das Recht des Dritten, bei der auflösenden Bedingung das Recht des früher Berechtigten, B.G.B. § 158. Dies gilt selbst dann, wenn der G.Schuldner nicht selbst die Bedingung gesetzt hat, sondern mittelbar oder unmittelbar von dem, der sie gesetzt hat, erworben hat. Denn die in der Schwebezeit der Bedingung vorgenommenen Verfügungen über den Gegenstand werden mit dem Eintritt der Bedingung insoweit unwirksam, als sie das Recht des nunmehr eintretenden Berechtigten vereiteln oder gefährden, mit Vorbehalt freilich der Vorschriften zu Gunsten derer, die ihr Recht von einem Nichtberechtigten herleiten, B.G.B. § 161. Dieser Rechtserwerb unterliegt aber den Vorschriften des § 15 nicht. Denn die Unwirksamkeit der in der Schwebezeit getroffenen Verfügungen ist im § 161 B.G.B. ausdrücklich auch für die von dem K.Verwalter vorgenommenen Verfügungen ausgesprochen. Der nach Eintritt der Bedingung Berechtigte kann danach sein Recht sogar noch dann geltend machen, wenn der Verwalter bereits verfügt hat, um so mehr vor einer solchen Verfügung. Dieselben Grundsätze gelten nach B.G.B. § 163 bei den durch Anfangs- oder Endtermin beschränkten Rechten. Mit B.G.B. § 161 stimmt § 2115 B.G.B. für den Fall der Nacherbfolge überein, die sowohl von einer Bedingung wie von einer Zeitbestimmug abhängig sein kann. Dem Verwalter sind deshalb, wenn der G.Schuldner Vorerbe ist, Verfügungen, die der Unwirksamkeit ausgesetzt sind, untersagt, § 128 (vgl. C.P.O. § 773), ein Verbot, das auf andere Fälle bedingter oder befristeter Rechte nur deshalb nicht ausgedehnt ist, damit nicht durch praktisch bedeutungslose Bedingungen und Befristungen Vermögensstücke dem Zugriff der Gläubiger entzogen werden können (Motive zum B.G.B. I. A. Th. S. 260).

6) Unter dem Erwerbe eines Rechtes an einem Gegenstande der K.Masse könnte auch der **Erwerb** verstanden werden, **der auf dem Uebergange eines** z. Zt. der K Eröffnung bereits begründeten **Rechtes an einen Dritten beruht.** Auf einer Rechtshandlung des G.Schuldners beruht auch ein solcher Erwerb nicht. Ein solcher Erwerb kann jedoch im § 15 nicht mit gemeint sein, da nur die Wirkungen der Beschlagnahme bestimmt werden sollen und der Uebergang des Rechtes an einen Dritten den Bestand der K.Masse nicht berührt. Dem neuen Erwerber des übergegangenen Rechtes kann also nicht entgegengehalten werden, daß der Uebergang den K.Gläubigern gegenüber unwirksam sei, RG. 34, 59. Auf dem Gebiete des Grundbuch-

Digitized by Google

rechtes giebt es aber Uebertragungen, kraft deren das nach dem äußeren Vorgange nur übertragene Recht vergrößert wird oder erst entsteht. Denn nach dem § 892 Abs. 1 Satz 1 B.G.B. gilt zu Gunsten desjenigen, der ein Recht an einem Grundstücke oder ein Recht an einem solchen Rechte durch Rechtsgeschäft erwirbt, der Inhalt des Grundbuchs als richtig, es sei denn, daß ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist, und nach § 1138 B.G.B. gilt diese Vorschrift für die Hypothek auch in Ansehung der Forderung und der dem Eigenthümer nach § 1137 zustehenden Einreden. Soweit hiernach der neue Erwerber des Rechtes dieses in größerem Umfange, als es bestanden hat, erlangt oder das Recht vor der Uebertragung überhaupt nicht bestanden hat, fällt der Erwerb an sich unter die Vorschriften des § 15; er ist aber nach dem zu Gunsten des § 892 B.G.B. gemachten Vorbehalt auch den K.Gläubigern gegenüber wirksam, vorbehaltlich der Wirkungen des bösen Glaubens und der Unentgeltlichkeit der Verfügung. Nicht in gleicher Weise ist die Verstärkung des Anspruchs aus einem Wechsel in der Hand des Indossators zu beurtheilen; denn hierbei ist nur eine Schuldverbindlichkeit in Frage.

7) Durch § 15 wird nicht betroffen der **Erwerb, der auf Rechtshandlungen des K. Verwalters beruht, oder auf Rechtshandlungen, zu denen der Handelnde aus eigenem Rechte befugt ist.** Das Recht des Pfandgläubigers, das Pfand zu verkaufen (B.G.B. §§ 1228 ff.), wird durch den K. nicht aufgehoben, sondern nur durch die Pflicht des K.-Verwalters, die K.Masse zu verwerthen, beeinflußt, § 127.

8) Durch § 15 wird auch nicht betroffen **der Erwerb von Erzeugnissen und sonstigen Bestandtheilen** einer zur K.Masse gehörigen Sache nach Maßgabe der §§ 954 bis 957 B.G.B. Bis zur Trennung oder in dem einen der Fälle der §§ 956, 957 bis zur Besitzergreifung gehören die Erzeugnisse und sonstigen Bestandtheile als Bestandtheile der Sache zur K.-Masse. Die Aneignung erfolgt sowohl durch den an einer fremden Sache Berechtigten wie durch den Eigenbesitzer und den, der die Sache zum Zwecke der Ausübung eines Nutzungsrechts an ihr besitzt, auf Grund eines eigenen wirklichen oder vermeintlichen Rechts und der ohne Recht Besitzende unterliegt der Rückforderung der Sache auch dem K.Verwalter gegenüber nur in gleichem Umfange wie gegenüber jedem Anderen. Soweit in den Fällen des § 956 B.G.B. die Gestattung der Aneignung durch den Eigenthümer oder den kraft Rechtes an der ihm fremden Sache Berechtigten in Frage kommt, ergiebt sich für den wichtigsten Fall, die Pacht, die richtige Entscheidung daraus, daß das Vertragsverhältniß ungeachtet des Konkurses fortdauert (§ 19). Der Fall einer unentgeltlichen Gestattung wird nicht anders beurtheilt werden können, vorbehaltlich der Anwendung des im § 988 B.G.B. ausgesprochenen Grundsatzes. Soweit es sich in den Fällen der §§ 956, 957 um die Gestattung der Aneignung durch einen Anderen als die bezeichneten Berechtigten handelt, kommen die Grundsätze über die Verfügungen eines Nichtberechtigten (Anm. 9) zur Anwendung, zu denen insoweit auch diese Vorschriften gehören.

9) **Rechte** an einem Gegenstande der K.Masse **können** ohne Mitwirkung einer Rechtshandlung des G.Schuldners **auch dadurch erworben werden, daß ein Nichtberechtigter über den Gegenstand verfügt** und diese Verfügung nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu Gunsten derer, die ein Recht von einem Nichtberechtigten herleiten, im Allgemeinen als wirksam anzuerkennen ist. Soweit Rechte an Grundstücken und Rechte an solchen Rechten in Frage kommen, ist durch die ausdrücklich vorbehaltenen Vorschriften des § 892 Abs. 1 Satz 1 die Wirksamkeit der Verfügungen, die von einer nach dem Inhalte des Grundbuchs berechtigten Person ausgehen, gegenüber den K.Gläubigern auch für die nach der K.Eröffnung getroffenen Verfügungen anerkannt. Für andere Verfügungen macht das Gesetz keine ausdrückliche Ausnahme und da, wie die Motive zu der K.O.N. § 6 (jetzt § 7) ergeben, bei der dortigen gleichen Ausnahme des Grundbuchrechts die Ausdehnung auf bewegliche Sachen abgelehnt ist, so wäre Grund genug vorhanden gewesen, eine hier gewollte Ausdehnung zum Ausdruck zu bringen. Nichtsdestoweniger kann nicht angenommen werden, daß die Vorschriften zu Gunsten derer, die ein Recht von einem Nichtberechtigten herleiten, soweit es sich um die hier fraglichen Verfügungen Dritter han-

Digitized by Google

delt, durch die Vorschrift des § 15 den K.Gläubigern gegenüber außer Anwendung gesetzt sind. Die Verfügungen Dritter können von solchen Personen ausgehen, denen der G.-Schuldner selbst in einer nach § 7 unwirksamen Weise das Recht übertragen hat. Bei solchen Verfügungen stehen die Unwirksamkeit und die Anfechtbarkeit einer vom G.-Schuldner getroffenen Verfügung gegen einen dritten Erwerber (§ 40) wirthschaftlich völlig gleich. Die Anfechtbarkeit ist gegen den dritten Erwerber nur unter der Voraussetzung bösen Glaubens oder unentgeltlichen Erwerbes zugelassen. Der gleiche Erfolg tritt in Ansehung der Unwirksamkeit der hier fraglichen Verfügungen ein, wenn die Vorschriften zu Gunsten derer, die ein Recht von einem Nichtberechtigten herleiten, zur Anwendung gebracht werden. Auch bei diesen schließt der böse Glaube den Schutz aus, und verpflichtet der unentgeltliche Erwerb zur Herausgabe des Erlangten (B.G.B. § 816). Beide Verhältnisse können einer verschiedenen Ordnung nicht unterliegen. Neben den erwähnten Fällen der Verfügung durch einen Dritten liegen allerdings noch die Fälle, in denen ein Dritter ohne Erwerb von dem G.Schuldner nur thatsächlich in der Lage ist, über einen beweglichen Gegenstand der K.Masse zu verfügen. In diesen Fällen hängt die Wirksamkeit der Verfügung in der Regel noch von anderen Voraussetzungen ab. Böser Glaube und unentgeltlicher Erwerb wirken dabei in gleicher Weise. Von den Fällen, in denen der Dritte den Gegenstand, über den er verfügt, von dem G.Schuldner übertragen erhalten hat, lassen sich diese Fälle nicht trennen. Die Vorschriften des § 15 dürfen deshalb auch auf die von Dritten über bewegliche Gegenstände der K.Masse getroffenen Verfügungen nur mit Vorbehalt der Vorschriften zu Gunsten derer, die ein Recht von einem Dritten herleiten, verstanden werden. Die besondere Erwähnung der Vorschriften des Grundbuchrechts hat ihren Grund vielleicht nur darin, daß nach dem früheren Inhalt des § 15 ein Streit darüber bestand, ob durch die Uebertragung einer Hypothek oder Grundschuld das übertragene Recht an Inhalt gewinnen könne. Außer den Vorschriften des B.G.B. §§ 932 bis 936, 1092, 1207, 1208, 1244, G.B.O. §§ 366, 367 kommen auch die des B.G.B. §§ 2366, 2368 in Betracht. Jäger, Anm. 44 zu § 15, legt für die gleiche Auffassung des § 15 Gewicht darauf, daß das Pfandrecht eines Dritten dem auf Verfügung eines Nichtberechtigten beruhenden Eigenthumserwerbe weichen müsse, also auch das Recht der K.Gläubiger. In der That wirkt aber die Beschlagnahme der K.Eröffnung stärker als das Pfandrecht. Auch der redliche Erwerb einer beweglichen Sache von dem G.Schuldner kann, wenn er nach der K.Eröffnung erfolgt ist, von den K.Gläubigern unbeachtet gelassen werden (§ 7); er vernichtet aber das Pfandrecht eines Dritten, und nur, wenn der Verwalter die Sache zur K.Masse zieht kann gegen ihn das Pfandrecht geltend gemacht werden. Von dem Untergange des Pfandrechts kann also nicht allgemein auf den Verlust der Sache für die K.Masse geschlossen werden.

10) Der zu Gunsten des § 1260 Abs. 1 Satz 2 B.G.B. bezüglich des **Schiffspfandrechts** gemachte Vorbehalt hat eine selbständige Bedeutung, da die Mängel in der Bestellung dieses Pfandrechts durch das Vertrauen auf den Inhalt des Schiffsregisters nicht gedeckt werden. Nach dem anwendbaren § 878 B.G.B. bleibt die bindend gewordene Einigung der Betheiligten über die K.Eröffnung hinaus wirksam, wenn nur der Eintragungsantrag vor der K.Eröffnung gestellt ist. Danach wird also auf Grund einer solchen fortdauernd wirksamen Einigung das Pfandrecht auch nach der K.Eröffnung durch Eintragung in das Schiffsregister wirksam erworben. Die Einigung begründet nicht nur eine Verpflichtung, sie ist vielmehr ein Theil der Begründung des Pfandrechts. Böser Glaube kann, da der Eintragungsantrag stets in die Zeit vor der K.Eröffnung fallen muß, niemals in Frage kommen.

11) **Der Erwerb des Eigenthums** oder des Miteigenthums oder eines anderen Rechtes an einer zur K.Masse gehörenden beweglichen Sache durch **Verbindung oder Vermischung,** B.G.B. §§ 946 bis 949, kann durch § 15 nicht ausgeschlossen sein. Denn das vorher vorhandene Eigenthum des G.Schuldners kann nach der natürlichen Veränderung des Gegenstandes nur in der Form des Miteigenthums fortbestehen, mit der die Anerkennung des Miteigenthums eines Dritten untrennbar verbunden ist. Nur die Vorschrift des § 947 Abs. 2, daß, wenn eine der als wesentliche Bestandtheile einer einheit-

Digitized by Google

lichen Sache verbundenen Sachen die Hauptsache ist, deren Eigenthümer das Alleineigenthum der einheitlichen Sache erwirbt, geht über die natürlichen Folgen der Verbindung hinaus. Sie wird aber von den anderen Vorschriften über die Verbindung nicht getrennt werden können. — Den Erwerb einer durch Verarbeitung oder Umbildung von Stoffen hergestellten neuen Sache durch den, der sie herstellt, B.G.B. § 950, ist überhaupt nicht Erwerb eines Rechtes an einem zur K.Masse gehörigen Gegenstande. Mit der Herstellung gehen nicht bloß die an dem Stoffe bestehenden Rechte unter, sondern, da aus dem Stoffe eine neue Sache entstanden ist, die durch den bloßen Stoff gebildete Sache selbst. — Die K.Masse erleidet durch diese Rechtsveränderungen allerdings unter Umständen einen Nachtheil, wenn nämlich ein Recht auf Ersatz des mit der Aenderung etwa eingetretenen Schadens oder auf Herausgabe einer Bereicherung, B.G.B. § 951, nicht entsteht oder nicht verwerthbar ist; aber Benachtheiligungen der K.Masse können auch in anderer Weise mit demselben Erfolge vorkommen.

12) Der **Erwerb von Rechten durch Zwangsvollstreckung** gegen den G.Schuldner, der gleichfalls nicht auf einer Rechtshandlung des G.Schuldners beruht, ist für die Zeit nach der K.Eröffnung nicht erst nach § 15 unwirksam, vielmehr entscheidet schon § 14. Zu erwähnen ist nur, daß die §§ 892, 893 B.G.B. auf diesen Erwerb keine Anwendung finden.

13) Auf einer Rechtshandlung des G.Schuldners beruht nicht der **Erwerb des Eigenthums** einer zur K.Masse gehörenden beweglichen Sache **durch Ersitzung**, B.G.B. §§ 937 ff. Die Ersitzung kann also nach der K.Eröffnung zum Nachtheil der K.Gläubiger nicht mehr vollendet werden. Das Gleiche gilt für die dem unrichtiger Weise eingetragenen Berechtigten zustehende Ersitzung von Grundstücken und von Rechten an Grundstücken, die zu deren Besitze berechtigen oder nach den für den Besitz geltenden Vorschriften geschützt sind, B.G.B. § 900. Folgerichtig erscheint der Ausschluß der Ersitzung nicht, da kraft der Ersitzung nur die Dauer eines Zustandes in der Person des später Berechtigten der Grund des Rechtserwerbes ist und soweit das Unterlassen der Rechtsverfolgung durch den vorher Berechtigten in Frage kommt, die Verjährung der Eigenthumsklage durch den K. nicht gehemmt wird. Anders ist der der Ersitzung ähnliche Erwerb eines Grundstücks zu beurtheilen, der sich dadurch vollzieht, daß der Besitzer nach dreißigjährigem Besitz auf Grund eines gegen den bisherigen Eigenthümer erlangten Ausschlußurtheils sich selbst als Eigenthümer in das Grundbuch eintragen läßt, B.G.B. § 927. Durch das vorausgegangene Ausschlußurtheil ist der G.Schuldner seines Eigenthums verlustig gegangen und der Besitzer, der das Urtheil erlangt hat, allein berechtigt geworden, das Eigenthum zu erwerben. Bei diesem Erwerbe gehörte das Grundstück nicht mehr zur K Masse, oder, wenn auch das Ausschlußurtheil erst nach der K.Eröffnung erlassen ist, so ist der Ausschluß auch gegen die Masse gerichtet.

14) Ausgeschlossen erscheint auch die **Erwerbung** einer zur K.Masse gehörigen, vor der K.Eröffnung verlorenen Sache **durch den Finder**, B.G.B. § 973, sofern die Frist zur Meldung des Empfangsberechtigten erst nach der K.Eröffnung abläuft. Dem Verwalter gegenüber ist jedoch § 974 B.G.B. anwendbar.

15) **Vorzugsrechte** in Ansehung der zur K.Masse gehörenden Gegenstände können für K.Forderungen überhaupt nur mit deren Entstehung und kraft Gesetzes entstehen, § 61, soweit nicht das Vorzugsrecht der Pfandbriefgläubiger einer Hypothekenbank in Frage kommt, das nur durch Rechtshandlung des G.Schuldners entsteht und demgemäß, falls es nach der K.Eröffnung entstanden sein sollte, der Vorschrift des § 7 unterliegt, Ges. v. 13. Juli 1899 §§ 22, 35. Das dem betreibenden Gläubiger einer Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung beigelegte Vorrecht (Zwangsversteigerungsgesetz § 10 Nr 5, § 155) entsteht nur durch die Zwangsvollstreckung und kann deshalb nach § 14 nach der K.Eröffnung nicht mehr entstehen. Die Voraussetzungen des Vorrechts für die Forderungen der Kinder, Mündel, Pflegebefohlenen in Ansehung ihres gesetzlich der Verwaltung des G.Schuldners unterworfenen Vermögens (§ 61 Nr. 5) könnten nach der K.Eröffnung entstehen, wenn das Vermögen sich bereits vorher in den Händen des G.Schuldners befunden haben und der G.Schuldner in das maßgebende Verhältniß erst nach der K.Eröffnung

Digitized by Google

eingetreten sein sollte. Die mit dem Vorrecht verbundenen Forderungen würden dann aber auch erst nach der K.Eröffnung entstanden sein und deshalb nicht zu den K.Forderungen gehören.

16) **Zurückbehaltungsrechte** können dann ohne eine nach der K.Eröffnung vorgenommene Rechtshandlung nach der K.Eröffnung entstehen, wenn die zurückzubehaltende Sache ohne eine solche Rechtshandlung nachher in die Hände des K.Gläubigers gelangt. Es bleibt aber dann zu beachten, ob nicht der durch das Zurückbehaltungsrecht zu sichernde Anspruch, mag er vorher oder nachher entstanden sein, zu den Masseschulden (§ 59) gehört.

17) Die im § 7 Abs. 3 aufgestellte **Vermuthung**, daß Rechtshandlungen, die der G.Schuldner am Tage der K.Eröffnung vorgenommen hat, nach der Eröffnung vorgenommen seien, ist nicht über den bestimmten Fall hinaus, auch nicht analog anzuwenden. Wer den Rechtserwerb, der ohne die K.Eröffnung eingetreten sein würde, wegen der K.Eröffnung nicht anerkennen will, muß diese beweisen.

18) Ueber die Unwirksamkeit gegenüber den K.Gläubigern, insbesondere auch nach Beendigung des Konkurses, gelten bei Anwendung des § 15 die gleichen Grundsätze wie bei Anwendung des § 7. (Vgl. Anm. 2, 3, 6, 7, 10 zu § 7.)

Anmerkung.

Der frühere § 13:

Die Eröffnung des Konkursverfahrens hemmt nicht den Lauf der Verjährung. Durch die Anmeldung einer Konkursforderung wird deren Verjährung unterbrochen. ist durch die K.O.N. Ziff. 10 aufgehoben. Das B.G.B. hat die Gründe, die eine Hemmung der Verjährung bewirken, in den §§ 202 ff. erschöpfend geregelt. Die K.Eröffnung befindet sich nicht darunter, und damit ist ihr die fragliche Wirkung versagt. Der Satz 1 des Paragraphen ist sonach gegenstandslos. Dasselbe gilt für den Satz 2, da die Vorschrift, daß durch die Anmeldung einer K.Forderung deren Verjährung unterbrochen wird, in das B.G.B. (§ 209 Abs. 2 Nr. 2) übernommen ist (Begründung). Mit der Uebernahme des Gegenstandes in das B.G.B ist auch die Entscheidung aller weiteren darauf bezüglichen Fragen dem B.G.B. überwiesen (vgl. B.G.B. § 214). Die Vorschriften des B.G.B. beziehen sich nur auf die Anspruchsverjährung. Wenn etwa die Vorschrift des § 13 Satz 1 auch auf die sog. Acquisitivverjährung bezogen werden konnte, so ist diese Beziehung jetzt ausgeschlossen (vgl. A. 13 zu § 15). Aber das ältere Recht hat nicht nur für die am 1. Januar 1900 noch nicht beendigten Konkurse, sondern über deren Dauer hinaus für die durch sie betroffenen Rechtsverhältnisse Bedeutung (Art. V E.G. z. K.O.N. vom 17. Mai 1898). Die zur Beseitigung der Zweifel für das gem. Recht gegebene **Vorschrift des § 13 Satz 1** beruhte darauf, daß des Konkurses ungeachtet nicht nur der Aussonderungs- oder Absonderungsberechtigte stets gegen den Verwalter klagen kann, ebenso ein persönlicher Gläubiger des G.Schuldners wegen Forderungen, welche nicht K.Forderungen sind, gegen den G. Schuldner, sondern daß auch der K.Gläubiger durch den Konkurs weder gehindert wird, gegen den G.Schuldner auf Feststellung der Forderung zu klagen, noch, gegen den Verwalter durch Anmeldung sein Recht zu verfolgen. Mot. 58—60. Auch die Unterbrechung, Satz 2, sollte nicht nur dem Verwalter und der Masse, sondern „auch dem G.Schuldner gegenüber" wirken, wie E. I § 17 ausdrücklich bemerkt hatte, im E. indeß als selbstverständlich fortgelassen war (Prot. 14, 15); nach den Motiven beider Entwürfe, weil die Anmeldung unmittelbar eine Verfolgung gegen den Schuldner in sich begreift, welcher zum Verfahren zugezogen wird und über die Forderung sich zu erklären hat. Mot. 59, 60, § 141 Abs. 2. **Der zweite Satz des § 13** betraf **nur Konkursforderungen**, wie auch für § 209 Abs. 2 Z. 2 B.G.B. anzunehmen ist, da andere Forderungen nicht „angemeldet" werden. Welche Wirkung die Unterbrechung hat, und welche Folgen es hat, wenn die Anmeldung nicht weiter verfolgt oder zurückgenommen wird, ist in der K.O. nicht bestimmt und sollte „der Entscheidung durch das Landesrecht überlassen werden". Mot. 61. Für den Fall einer **Zurücknahme** der Anmeldung gilt, da die Anmeldung der Klage gleich wirkt, die reichsgesetzliche Bestimmung der C.P.O. § 271, daß „der Rechtsstreit als nicht anhängig

Digitized by Google

geworden anzusehen ist", also auch die Verjährung als nicht unterbrochen gilt (vgl. § 214 B.G.B.). — Im Uebrigen sind für die Wirkungen der Unterbrechung für das preuß. Recht die Vorschriften des A.L.R. I 9 §§ 545, 554 ff. maßgebend. „Von dem Tage an, wo der Gläubiger die Sache hätte fortsetzen können oder sollen", fängt eine neue Verjährung an. Der allgemeine Grundsatz ist durch den Zeitpunkt des „Fordernkönnen" gegeben, §§ 545, 554; das „Fordern-sollen" hinsichtlich einer „angemeldeten Klage" im § 554 hatte seine Bedeutung nur in dem beseitigten preuß. Prozeßsysteme der richterlichen Offizialthätigkeit, vgl. Obtr. 61, 30, RG. 32, 354. Für die festgestellte Forderung (§ 144) begann die neue Verjährung mit der Bekanntmachung der Aufhebung des Konkurses, §§ 163, 205; im Falle eines Zwangsvergleichs mit dem Tage, wo dessen Erfüllung zuerst gefordert werden konnte, A.L.R. I. 9 §§ 545, 554; Strieth. 32, 243; falls jedoch der G.Schuldner die Forderung bestritten hat, diesem gegenüber schon mit dem Ablaufe des Prüfungstermins, da der Gläubiger dann die Klage auf Anerkennung und auf Zahlung nach dem Konkurse gegen den G.Schuldner anstrengen oder fortsetzen konnte (§ 144 Abs. 2) und durch den Konkurs nicht der Prozeß, sondern nur die Zwangsvollstreckung (§ 14) gehindert wird. A.L.R. I. 9 § 554. A.M. Sarwey, Stieglitz, Meisner, Petersen-Kleinfeller zu § 13. Daß beim Bestreiten des G.Schuldners der Gläubiger erst bei der K.Beendigung weiß, wieviel er dann noch zu fordern hat, verschiebt (gegen Petersen und Meisner zu § 13) den Zeitpunkt der actio nata nicht bis zur K.Beendigung; es genügt, daß er zur Zeit des Bestreitens schon weiß, wieviel er zu dieser Zeit zu fordern hat. Für die nicht festgestellte Forderung im Sinne des § 144 begann ebenfalls die neue Verjährung mit dem Ablaufe des Prüfungstermins, § 146, jedoch für die noch nicht geprüften und die im § 146 Abs. 6 bezeichneten bestrittenen (für die der Streit während des Konkurses nicht vom Gläubiger zu betreiben ist) mit der Bekanntmachung der K.Aufhebung, da die Gläubiger erst dann ihre Rechte verfolgen können, während der Konkurs selbst in Gemäßheit des Systems der Sonderprozesse keine Rechtshängigkeit bewirkt. Vgl. Fitting § 9 Anm. 27. Theilweise abw. die übrigen Kommentatoren. —

§ 16. (14.)

Befindet sich der Gemeinschuldner mit Dritten in einem Miteigenthume, in einer Gesellschaft oder in einer anderen Gemeinschaft, so erfolgt die Theilung oder sonstige Auseinandersetzung außerhalb des Konkursverfahrens.

Eine Vereinbarung, durch welche bei einer Gemeinschaft nach Bruchtheilen das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, für immer oder auf Zeit ausgeschlossen oder eine Kündigungsfrist bestimmt worden ist, wirkt nicht gegen die Konkursmasse. Das Gleiche gilt von einer Anordnung dieses Inhalts, die ein Erblasser für die Gemeinschaft seiner Erben getroffen hat.

P. 36. 291. Preuss. E.G. z. H.G. Art. 33. K.O.N.

1. Zulässigkeit der Theilung.
2. Gemeinschaften.
3. Stille Gesellschaft.
4. Theilungsgrundsätze.
5. Theilungsverfahren.

1) Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 16 ist, daß die Theilung überhaupt zulässig ist, und von dem K.Verwalter, der zufolge § 6 die Stelle des G.-Schuldners einnimmt, oder von einem der anderen Gemeinschafter verlangt werden kann und verlangt wird. Ein Recht auf Theilung oder Auseinandersetzung wird durch § 16 nicht begründet, RG. 40, 44. Der Theilung kann die Natur der Gemeinschaft oder eine Vorschrift des öffentlichen Rechts entgegenstehen. Privatrechtliche Bindungen, die darauf abzielen, die Theilung auszuschließen oder aufzuschieben, haben nach dem durch die K.O.N. hinzugefügten Abs. 2 der K.Masse gegenüber keine Wirksamkeit. Die Vorschriften des Abs. 2 entsprechen den Vorschriften des § 751 Satz 2 und des § 2044

Digitized by Google

Abs. 1 B.G.B., nach denen die gleiche Unwirksamkeit gegenüber einem Gläubiger eintritt, der den Antheil eines Gemeinschafters gepfändet hat. Satz 2 Abs. 2 erwähnt nur Anordnungen des Erblassers für die Gemeinschaft seiner Erben. Der Erblasser kann aber auch als Auflage für Vermächtnißnehmer gleiche Anordnungen für die in Folge des Vermächtnisses eintretende Gemeinschaft mehrerer Vermächtnißnehmer treffen. Ob auch für diese die im § 2044 Abs. 1 B.G.B. angezogenen Vorschriften entsprechende Anwendung finden, ist eine erbrechtliche Frage. Ist sie, wie es richtig erscheint, zu bejahen, dann wird auch Abs. 2 Satz 2 des § 16 anzuwenden sein; anderenfalls fehlt der Anordnung die bindende Kraft für Sondernachfolger, zu denen allerdings die K.Masse nicht gehört, überhaupt.

2) Der § 16 **umfaßt alle Fälle einer „Gemeinschaft** des G.Schuldners mit einer anderen Person, betreffe die Gemeinschaft eine einzelne Sache, einen Sachinbegriff oder einen Rechtsinbegriff, beruhe sie auf Vertrag, auf Beerbung oder anderen Gründen, bestehe sie mit Ehegatten oder mit anderen Personen" (**RG.** 8, 102), und ohne Rücksicht, „ob die Eröffnung des Konkurses die Aufhebung solcher Gemeinschaft bewirkt (vgl. H.G.B. § 131 Z. 5), oder ob eine Aufhebung aus anderen Gründen oder freiwillig herbeigeführt wird. Stets gehört nur der bei der Theilung zu ermittelnde Antheil des G.Schuldners zur K.Masse". Mot. 61. Nur wenn der Gegenstand der Gemeinschaft ungeachtet der Rechte des Mitberechtigten ganz zur K.Masse gehört (bei den im § 2 bezeichneten Gütergemeinschaften), findet eine Auseinandersetzung überhaupt nicht statt. Sie findet aber statt, wenn zwischen dem Subjekt eines Gemeinschaftsvermögens, über das der K. eröffnet ist (Vermögen einer Handelsgesellschaft, eingetragenen Genossenschaft u. dgl.), und einem Dritten eine Gemeinschaft besteht, und betrifft dann nur diese Gemeinschaft.

Eine Auseinandersetzung über gütergemeinschaftliches Vermögen wird es nur noch geben, wenn die Gütergemeinschaft vor der K.Eröffnung aufgelöst ist, und im Falle einer fortgesetzten Gütergemeinschaft, wenn solche, insbesondere bei früherer Lösung der Ehe, den Vorschriften des B.G.B. nicht unterliegt, vorausgesetzt, daß im Falle des Konkurses Theilung verlangt werden kann. Das gesetzliche eheliche Güterrecht begründet keine Gemeinschaft unter den Ehegatten. Die Aussonderung des Vermögens der Frau oder des Mannes ist keine Theilung im Sinne des § 16.

3) Auch der **stille Gesellschafter** des G.Schuldners ist mit ihm in einer, wenngleich hinsichtlich seiner Verpflichtung beschränkten, Geschäftsgemeinschaft; er hat sich darüber ebenfalls mit dem K.Verwalter gemäß § 16 auseinanderzusetzen (H.G.B. § 340), wenn er seine Forderung mit Sicherheit im Konkurse geltend machen will. Allerdings kann er auch selbständig seine Rechnung aufstellen und daraus seine Forderung als K.Forderung begründen und anmelden (§ 341 a. a. O.); er hat sie dann aber auch gegen jeden bestreitenden Gläubiger nachzuweisen, selbst wenn der Verwalter sie nicht bestreitet. **RG. 31**, 35; 7. Juli 1884, JW. S. 270, Raff.K. **29**, 998, Seuff. Arch. **40**, 56; 5. Dez. 1891, J.W. 1892 S. 16, Raff.K. **36**, 1165; darüber, daß die Vereinbarung, ob und welchen Antheil der stille Gesellschafter am Verluste zu tragen hat, auch im Konkurse des Geschäftsinhabers wirkt, vgl. **RG. 20**, 165; **27**, 13; **30**, 58; **31**, 36. Vgl. ferner betreffs der Auseinandersetzung mit dem stillen Gesellschafter **RG.** 14. Febr. 1885, J.W. S. 187; 19. Mai 1886, J.W. S. 198; 2. Dez. 1887, J.W. 1888 S. 23. Andere Gemeinschaftsgenossen außer dem stillen Gesellschafter können, wenn der Gegenstand des Verhältnisses zur Masse genommen wird, ihren Antheil als Aussonderungsberechtigte geltend machen, § 43; Sarwey-Bossert zu § 16; Endemann S. 328. In Betreff des Vorbehalts des Anfechtungsrechts der K. Gläubiger aus H.G.B. § 342 vgl. Vorbemerk. 7 vor § 29; hinsichtlich der Nichtanwendbarkeit des § 51 vgl. Anm. zu § 51.

4) **Die sachlichen Grundsätze der Auseinandersetzung** bestimmen sich auf Grund der Vorschriften des Bürgerlichen Rechts nach dem vorliegenden Gemeinschaftsverhältnisse. Vgl. B.G.B. §§ 731—740, 752—757, 1474—1479, 1498—1502, 1546, 1549, 2046—2057; H.G.B. §§ 138, 142, 145—155, 158, 161; Genossenschaftsges. § 91. Für den K. ist von Bedeutung die Befugniß eines jeden Gemeinschafters zu verlangen, daß bei der

Digitized by Google

Theilung und Auseinandersetzung alle die Gemeinschaft betreffenden Schulden, für die er selbst mithaftet, aus dem gemeinschaftlichen Gegenstande und die ihm selbst gegen einen anderen Gemeinschafter zustehenden, aus dem Gemeinschaftsverhältnisse entstandenen Forderungen aus dem auf den Schuldner fallenden Theil des gemeinschaftlichen Gegenstandes berichtigt werden, B.G.B. §§ 733, 755, 756, 1475, 1498, 1546, 1549, 2046. H.G.B. §§ 149, 161, bei der Auseinandersetzung unter Gesellschaftern (B.G.B. § 733) sogar solche Schulden, die den Gläubigern gegenüber unter den Gesellschaftern getheilt sind. Erst mit der Berichtigung der Schulden wird der Antheil des G.Schuldners an dem Gegenstande der Gemeinschaft festgestellt (Mot. 61). Es handelt sich also bei der einem Dritten als Gemeinschafter zustehenden Forderung nicht bloß um eine K.Forderung, obgleich er seine Ansprüche, die auf diesem Wege der Auseinandersetzung nicht befriedigt werden, auch als K.Gläubiger geltend machen kann. Nur die Gemeinschafter können die Berichtigung der Forderung eines Dritten verlangen. Die Gemeinschaftsgläubiger haben als solche kein Recht auf diese Art einer abgesonderten Befriedigung. Ein bei der Berathung der K.O.N. in der Reichstagskommission gestellter Antrag, durch den ihnen bei Unzulänglichkeit des Gemeinschaftsgegenstandes die konkursmäßige Theinahme an der Befriedigung aus diesem Gegenstande gewährt werden sollte, ist abgelehnt worden (Komm.Ber. 11). So weit freilich die Gemeinschaft wie eine selbständige Rechtspersönlichkeit bis zur völligen Auseinandersetzung fortbesteht und verklagt werden kann, wie dies z. B. bei der Handelsgesellschaft in Liquidation der Fall ist, können auch die K.Gläubiger als Gemeinschaftsgläubiger ihre Rechte verfolgen. Das Reichsgericht hat auch eine Klage gegen den K.Verwalter und dritte Personen, die mit dem G.Schuldner in Erbengemeinschaft standen, wegen der nothwendigen Streitgenossenschaft zugelassen (Raffow-Küntzel 45, 621). Ob aber in solchem Falle die Nachlaßgläubiger, ohne daß Konkurs über den Nachlaß eröffnet ist, eine Zwangsvollstreckung in den Nachlaß betreiben können, obgleich der Antheil des G.Schuldners an der Erbschaft zur K.Masse gehört, muß nach § 14 bezweifelt werden. Das Recht der Gemeinschafter unterliegt aber in allen Fällen der Einwirkung eines Gemeinschaftsgläubigers auf dem Wege, daß dieser wegen seiner Forderung gegen den nicht im Konkurs befindlichen Gemeinschafter dessen Antheil an der Gemeinschaft pfänden läßt und in Folge dessen an der Auseinandersetzung selbst theilnehmen kann. Das Recht des Gemeinschafters, bei der Auseinandersetzung die Befriedigung eigener Forderungen zu verlangen, steht im Falle der Unzulänglichkeit des Gegenstandes hinter dem Rechte der übrigen Gemeinschafter, die Berichtigung gemeinsamer Verbindlichkeiten zu verlangen, zurück, soweit die übrigen Gemeinschafter gefährdet werden; denn er kann nur Befriedigung aus dem ermittelten Antheil seines Schuldners verlangen. Wegen aller auf die Gemeinschaft sich gründenden Forderungen gegen den G.Schuldner aber hat der Gemeinschafter als K. Gläubiger noch das Recht auf abgesonderte Befriedigung aus dem bei der Theilung oder sonstigen Auseinandersetzung ermittelten Antheile des G.Schuldners nach § 51.

5) **Das Verfahren der Auseinandersetzung** bestimmt sich gleichfalls nach dem vorliegenden Gemeinschaftsverhältniß. Von besonderer Wichtigkeit ist hierfür die Liquidation der Handelsgesellschaften (H.G.B. §§ 145 ff.) und der aufgelösten Genossenschaften (Ges. v. 1. Mai 1889, 20. Mai 1898 §§ 83 ff.) und Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Ges. v. 20. April 1892, 20. Mai 1898 §§ 66 ff), sowie die Auseinandersetzung unter Miterben und unter den Theilhabern an dem Gesammtgute einer Gütergemeinschaft (R.G.F.G. §§ 86—99). Ueberall, wo der G.Schuldner mitzuwirken haben würde, tritt gemäß § 6 an dessen Stelle der K.Verwalter ein.

Digitized by Google

Zweiter Titel.

Erfüllung der Rechtsgeschäfte.

1. Inhalt des Tit. 2. — 2. Ausschließung persönlicher Rechte und Pflichten des G.Schuldners. — 3. G.Schuldner als Träger der durch die K.Eröffnung modifizirten Rechte und Pflichten. — 4. Einfluß abweichender Vertragsbestimmungen.

1) Vgl. zu §§ 17—28 Oetker, Einfluß der K.Eröffnung auf zweiseitige Verträge in Busch 14, 1—51. Der **zweite Titel enthält** Sonderbestimmungen über den Einfluß des Konkurses auf die Erfüllung und Dauer von Schuldverhältnissen, nicht bloß der durch Rechtsgeschäfte begründeten — wie die Ueberschrift des Titels zu eng sagt. Vgl. Anm. § 24. § 17 bestimmt eine Regel für zweiseitige (gegenseitige) Verträge, die weder vom G.Schuldner noch von dem andern Theil erfüllt sind, §§ 18—22 enthalten Ausnahmen dieser Regel (für Fixgeschäfte, Sachmiethe, Pacht, Dienstmiethe), Mot. 63. § 23 (neu) regelt den Einfluß der K.Eröffnung auf die Dauer der unentgeltlichen (Auftrag) und entgeltlichen (durch Dienst- oder Werkvertrag vereinbarten) Geschäftsbesorgung, im § 24 ist die Wirksamkeit der Vormerkung gegenüber der K.Masse bestimmt, gleichgültig, ob der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch aus einem Vertrags- oder andern Schuldverhältnisse herrührt (vgl. Anm. § 24). § 25 behält den besonderen Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Wirkung der K.Eröffnung — soweit sie andere als die angeführten Rechtsverhältnisse betreffen — ihre Geltung vor, § 26 handelt von den Wirkungen der in Folge der K.Eröffnung eingetretenen Nichterfüllung oder Aufhebung eines Schuldverhältnisses, §§ 27, 28 geben dazu Sonderregeln für die Ersatzansprüche, die dem Geschäftsbesorger und dem Gesellschafter nach der K.Eröffnung erwachsen.

2) Ausgeschlossen sind von diesen Bestimmungen die Verträge und Rechtsverhältnisse, welche „die an die Person des G.Schuldners geknüpften s. g. **rein persönlichen Rechte und Pflichten desselben**" betreffen. Sofern der Gemeinschuldner gemäß denselben ein persönliches Forderungsrecht hat (z. B. Vertrag mit dem Hausarzte vgl. Strieth. 52, 6, über „kindliche Pflege") gehören solche Rechte nicht zur K.Masse. Anm. 12 zu § 1. Ob gegenüber dem G.Schuldner solche Verträge für die fernere Zeit bestehen bleiben, oder in Folge des Konkurses unerfüllt bleiben, oder wegen Unmöglichkeit oder Rücktrittsrechts u. s. w. aufgehoben werden, bestimmt sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts. Hat der Mitkontrahent noch Vergütung für die Vergangenheit oder im Falle einer Aufhebung oder Nichterfüllung eine Entschädigung hierfür zu beanspruchen, so ist dies eine K.Forderung und als solche nach § 26 geltend zu machen. — Sofern der Gemeinschuldner aus solchen Verhältnissen eine von ihm selbst persönlich zu leistende, durch eine Leistung des Verwalters nicht zu ersetzende Handlung zu gewähren hat (Unterrichtsertheilung, Ausführung von künstlerischen und schriftstellerischen Werken, von persönlichen Aufträgeu u. s. w.), kann der Mitkontrahent die Erfüllung ebenfalls nicht im K.Verfahren fordern, sondern nur eine etwaige Interesseforderung wegen Nichterfüllung gegen die K.Masse nach § 26 als K.Forderung liquidiren (Mot. 64). Ob und wann solche Verträge in Folge des Konkurses aufgehoben werden, richtet sich auch hier nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts (vgl. R.O.H. 2, 436). Eine Gegenleistung, die der G.Schuldner für solche schon vor der K.Eröffnung von ihm geleisteten Handlungen zu fordern hat, gehört nach § 1 zur K.Masse. Leistet er nach der K.Eröffnung eine Handlung, worauf die K.Gläubiger ihm gegenüber keinen Anspruch haben, so ist dies eine außerhalb des K Anspruchs und des K Verfahrens fallende Leistung, wofür er selbst und nicht die Masse die Gegenleistung zu erhalten hat (vgl. Anm. 4 zu § 1). Wegen der besonderen Gestaltung dieser Grundsätze bei Dienstverhältnissen vgl. § 22.

Vertretbare Handlungen, die durch Handlungen an oder durch jeden Dritten, also auch den Verwalter, ersetzbar sind, schließt das K.Verfahren seiner Natur nach nicht aus.

Digitized by Google

Im Konkurse ist indeß (entsprechend dem Grundsatze des Code civ. art. 1442) nach § 69 der Anspruch auf die seitens des G.Schuldners zu leistende Handlung nur als Geldforderung nach dem Schätzungswerthe geltend zu machen.

3) Vor der Lösung der Frage, welchen Einfluß die K.Eröffnung auf irgend welche Rechte und Verbindlichkeiten hat, ist die Vorfrage zu entscheiden, welche Rechte und Verbindlichkeiten zur Zeit der K.Eröffnung bestehen. Hierüber entscheidet zunächst lediglich das bürgerliche Recht ohne Einwirkung der K.O.

Weder die Natur der Sache, noch die Vorschriften der K.O. rechtfertigen eine Annahme, als trete in die von dem G.Schuldner zu erfüllenden Verbindlichkeiten oder in die auf seiner Seite begründeten Rechte an die Stelle des G.Schuldners eine andere Rechtspersönlichkeit als besonderes Rechtssubjekt in Folge des Konkurses ein. Weder die Gläubiger, noch eine Gesammtperson als Gläubigerschaft, noch ein aus einer Verbindung von G.Schuldner und Gläubigern komponirtes Rechtssubjekt als Masse erwerben Rechte oder Verbindlichkeiten des G.Schuldners durch eine der Wirkungen, die nach der K.O. der Konkurs auf seine Rechtsverhältnisse ausübt. Sie bleiben, auch soweit sie durch den Konkurs modifizirt werden, Rechte und Pflichten des G.Schuldners (vgl. Vorb. 1 zu Tit. 1). Die Rechte, die in den §§ 17 ff. als Befugnisse des Verwalters ausgedrückt werden, oder als Rechtsfolgerungen daraus herzuleiten sind, sind Rechte des G.Schuldners, zu seiner K.Masse gehörig, und für ihn kraft Gesetzes nur vom Verwalter als seinem Vertreter hinsichtlich der Masse auszuüben. Die Verbindlichkeiten, die in Folge der K.Einwirkung auf der Seite des G.-Schuldners unmittelbar oder zufolge der Rechtshandlungen des Verwalters entstehen oder geändert werden, sind seine Verbindlichkeiten. Sie sind aus seiner K.Masse zu erfüllen, sofern gesetzlich unanfechtbar gehandelt ist, §§ 17 ff. Das verschiedene Verhältniß, in dem die zu Lasten der K.Masse fallenden Verbindlichkeiten aus der Masse zu erfüllen sind, beruht auf der verschiedenen Beziehung der Masse zu den Gläubigern. Die Ansprüche der Gläubiger sind als Masseschulden vor allen K.Forderungen zu befriedigen, soweit sie durch die im Interesse aller Betheiligten veranlaßten Befugniß-Ausübungen, Geschäfte und Handlungen des Verwalters entstehen oder auf Gegenleistungen für die Zeit nach der K.Eröffnung, also für Leistungen, die allen Betheiligten zu Gute kommen, gerichtet sind, § 59. Sie sind dagegen nur K.Forderungen, sofern sie auch bei Einwirkung des Konkurses auf die Art der Erfüllung nur als zur Zeit der K.Eröffnung bestehende Ansprüche oder als an die Stelle solcher getreten zu gelten haben, § 9. Soweit ihnen das Recht auf abgesonderte Befriedigung zugestanden ist, beruht dies auf den durch die Beziehungen der Forderungen zu einzelnen Gegenständen begründeten besonderen Vorschriften, Vorb. vor § 47. Für alle diese Verbindlichkeiten — abgesehen von den nur dinglichen Absonderungsrechten, die auch zur Zeit der K.Eröffnung nicht persönliche Schulden des G.-Schuldners waren und in ihrem Charakter ebenfalls nicht geändert werden — bleibt indeß (oder entsteht nur) der Charakter als Verbindlichkeiten des G.Schuldners. Und weil sie dies sind, ist auch der G.Schuldner nach der K.Beendigung dafür verhaftet, soweit nicht durch Akkord oder sonst ein Erlaß stattgefunden hat; § 164, Vorb. vor § 57. Ist eine Nichterfüllung in Folge des Konkurses in den Fällen der §§ 18, 25 eingetreten, so bleibt die dafür zu leistende Entschädigungsforderung, § 26, auch nach dem Konkurse als Anspruch gegen den G.Schuldner bestehen, eine Wirkung der vollbrachten Thatsachen, mit denen das Gesetz diese Folge verbindet. Dasselbe gilt, wenn durch die K.Eröffnung die Aufhebung der entgeltlichen und unentgeltlichen Geschäftsbesorgung (§ 23), der Gesellschaft (§ 728 B.G.B.) eingetreten ist, in Ansehung der Ersatzansprüche des Geschäftsbesorgers und des Gesellschafters für die Zeit nach der K.Eröffnung (§§ 27, 28). Ist gemäß §§ 17 ff in Folge der Willenserklärung des Verwalters als des Vertreters des G.Schuldners eine Aenderung der Rechtsverhältnisse eingetreten, so bleibt als Wirkung dieser Vertretung diese Aenderung oder die daraus begründete Entschädigungsforderung ebenfalls nach der K.Beendigung bestehen. Stieglitz Anm. I 4 zu § 152; Obtr. 75, 136. Hat der andere Theil selbst das Verhältniß kraft der ihm durch die K.Vorschriften gegebenen Befugniß aufgehoben

Digitized by Google

oder geändert, so bleibt er an die selbstgewollte Aenderung nach dem Konkurse gebunden. Vgl. dazu Oetker in Busch 14, 35.

4) Die Frage, ob durch frühere Vertragsbestimmungen des G.Schuldners vor der K.Eröffnung dem Konkurse eine andere Einwirkung auf die Rechtsverhältnisse beigelegt werden kann, als die Gesetze bestimmen, kann nicht durchaus verneint werden. Ein allgemeiner Grundsatz, daß solche Bestimmungen wirkungslos seien, weil sie Verfügungen des G.Schuldners über die künftige K.Masse enthielten, ist (gegen Stieglitz Vorb. D. vor § 17) nicht begründet. Durch den Konkurs wird nicht das materielle frühere Recht des G.Schuldners an der K.Masse mit Rückwirkung aufgehoben, soweit nicht ein Anfechtungsrecht gegeben ist, sondern nur seine fernere persönliche Verfügungsbefugniß über die Vermögensmasse, wie sie zur Zeit der K.Eröffnung einschließlich der bereits eingeräumten Rechte besteht (Anm. 2 zu § 6). Hinsichtlich der Zulässigkeit der vertragsmäßigen Bestimmung für den K.Fall ist der Inhalt der Bestimmung zu unterscheiden. Als zulässig ist es zu erachten, daß das Nichteintreten des K.Falles als Bedingung für ein später ins Leben tretendes Rechtsverhältniß oder daß die K.Eröffnung als auflösende Bedingung für ein bereits begründetes bestimmt wird. Vgl. RG. 18, 314. Soweit darnach Rechte oder Pflichten für den G.Schuldner oder seinen Gläubiger mit der K.Eröffnung beseitigt sein sollen (vgl. auch § 3 A. 15), liegt darin der Ausdruck dafür, daß Rechte oder Pflichten dergestalt persönlich an den G.Schuldner gebunden sein sollen, daß sie für oder gegen einen Anderen — selbst wenn dieser Andere der Vertreter des G.Schuldners ist — nicht begründet werden. Der Verwalter kann dann weder erfüllen, noch Erfüllung verlangen. Unzulässig, d. h. wirkungslos gegenüber den Befugnissen des Verwalters ist dagegen eine Vertragsbestimmung, daß der andere Kontrahent gegen die Vorschriften dieses Titels auch für den K.Fall ein Recht auf unveränderte Fortsetzung eines Verhältnisses haben soll. Eine solche Vereinbarung ist ein gegen das jus publicum der K.O. gerichtetes unstatthaftes pactum privatorum, und wird ebenso wie jede andere den §§ 17—28 widersprechende Vertragsbestimmung über eine unveränderte oder doch längere Dauer, durch die gesetzliche Befugniß des Verwalters beseitigt. Unzulässig ist jede Bestimmung, die für den K.Fall das Verhältniß der Gläubiger unter einander beeinflussen wollte, also eine Masseschuld statt einer K.Forderung oder ein Absonderungsrecht ohne die gesetzlichen Erfordernisse eines solchen oder ein Vorrecht vertragsmäßig begründen sollte, §§ 4, 59, 61, Sarwey-Boffert Vorb. vor § 17 a. E. Vgl. dazu theilw. abw. Kohler S. 655 ff.

§ 17 (15).

Wenn ein zweiseitiger Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens von dem Gemeinschuldner und von dem anderen Theile nicht oder nicht vollständig erfüllt ist, so kann der Konkursverwalter an Stelle des Gemeinschuldners den Vertrag erfüllen und die Erfüllung von dem anderen Theile verlangen.

Der Verwalter muß auf Erfordern des anderen Theils, auch wenn die Erfüllungszeit noch nicht eingetreten ist, demselben ohne Verzug erklären, ob er die Erfüllung verlangen will. Unterläßt er dies, so kann er auf der Erfüllung nicht bestehen.

E. I. 20. P. 15. 16.

1. Gesetzgeberischer Sinn des § 17.
2. Von einem Theil erfüllte Verträge.
3. Zweiseitige Verträge.
4. Nichterfüllung beider Theile.
5. Vertretbare Leistungen.
6. Wahl der Nichterfüllung.
7. Wahl der Erfüllung.
8. Theilbarkeit der Leistungen.
9. Abs. 2.
10. Unterbleiben der Wahl.

1) **Der gesetzgeberische Sinn** des § 17 ist folgender: Für unerfüllte zweiseitige Verträge (vgl. Anm. 3) hängt ihrer Natur nach die Leistung des einen Theils mit der Gegenleistung des anderen Theils zusammen. Für den Konkurs würde es die par con-

Digitized by Google

ditio aller Gläubiger zu Gunsten oder Ungunsten des einen, des Vertragsgegners des G.Schuldners, verletzen, wenn der andere Theil allein volle Erfüllung bekommen, oder wenn er selbst nach der K.Eröffnung voll erfüllen und die ihm noch nicht gewährte Gegenleistung dafür nicht vollständig erhalten sollte. Zur Ausgleichung soll die K.Eröffnung selbst nicht schon ipso jure einen Grund zur Aufhebung des Vertrages abgeben. Dagegen soll, wenn der Vertrag von beiden Theilen noch ganz oder theilweise zu erfüllen ist, also Recht und Pflicht des G.Schuldners sich noch gleichzeitig gegenüber stehen, der Verwalter das Wahlrecht haben, ob er die Erfüllung des Vertrages verlangen und auch seinerseits für den G.Schuldner erfüllen will, oder ob er die rückständige Erfüllung nicht verlangen und nicht leisten will, in welchem zweiten Falle dem Vertragsgegner eine Entschädigungsforderung nach § 26 als K.Forderung frei steht.

2) Die Rechtswirkungen, die eintreten, **wenn ein Theil schon vollständig erfüllt hat,** sind für Art und Umfang der Rechte und Pflichten nach dem bürgerlichen Rechte unter Berücksichtigung der besonderen Vorschriften des § 26 zu entscheiden. Hat der G.Schuldner zur Zeit der K.Eröffnung erfüllt, so kann der Verwalter als Vertreter des G.Schuldners gegen den anderen Theil dieselben Rechte geltend machen, die dem G.Schuldner zustanden, ohne daß der Konkurs auf diese Rechte einen Einfluß hat. — Hat der andere Theil erfüllt, so kann er, sofern der Verwalter für den G.Schuldner nicht erfüllt, seine vertragsmäßigen Rechte nach dem bürgerlichen Rechte mit der Einschränkung der §§ 26—69 geltend machen.

3) **Zweiseitige Verträge** i. S. des § 17 (vollkommen zweiseitige Verträge) oder, wie das B.G.B. sie genauer nennt, „gegenseitige Verträge" sind solche, zu deren Wesen es gehört, daß der eine Theil sich gerade um der Verpflichtung des andern willen — dagegen — verpflichtet, daß die Verpflichtung des einen Theils als Vergütung gegen die Verpflichtung des andern ausgetauscht wird (vgl. P. § 16, B.G.B. §§ 320—327; Pr. A.L.R. I. 5 § 7; Code civil art. 1102; Windscheid § 320; l. 19 D. de verb. sign.). Es fallen also nicht unter § 17 die Verträge, die lediglich auf die Verpflichtung des einen Theils gerichtet sind (streng einseitige Verträge), wie Schenkung (§ 516 B.G.B.), Darlehen (§ 607 a. a. O.), Auslobung (§ 657 a. a. O.), Bürgschaft (§ 765 a. a. O.); ferner nicht die Verträge, bei denen zwar eine (mit actio contraria zu verfolgende) Verpflichtung des zunächst Berechtigten entstehen kann, aber nach dem Vertragswillen nicht als Vergütung der Verpflichtung des andern Theils — um diese einzutauschen — bezweckt wird (sog. unvollkommen zweiseitige Verträge). Zu letzteren gehören: Auftrag (§ 662 a. a. O.), für den § 23 Abs. 1 eine besondere Vorschrift giebt für den Fall, daß G.Schuldner Auftraggeber ist, Verwahrung (§ 668 a. a. O.), sofern sie unentgeltlich ist, Leihe (§ 598 a. a. O.) (vgl. Oetker in Busch 14, 13 ff., 23 ff. Im einzelnen Falle entscheidet der Vertrag und der Parteiwille, ob eine Leistung um Gegenleistung gewollt ist und ob darnach der Vertrag unter die gegenseitigen zu rechnen ist (gegen Oetker a. a. O. S. 25). Maßgebend ist dabei, ob zur Zeit der K.Eröffnung das gegenseitige Leistungspflichtverhältniß vorhanden war (Endemann S. 160). Die Rückzahlung eines Darlehens und die Rückgabe eines Pfandes bei derselben sind niemals Gegenleistung **RG.** 20. April 1895, J.W. S. 297, auch nicht nach vorgängigem Versprechen, ein Darlehen geben zu wollen. **RG.** 25. Mai 1886, J.W. S. 248. — Unter § 17 fallen demnach insbesondere: Kauf (§ 433 B.G.B.), soweit nicht § 18 eingreift, Tausch (§ 515 a. a. O.), Miethe und Pacht, soweit nicht die §§ 19—21 zutreffen, also nur dann, wenn der G.Schuldner vermiethet oder verpachtet, aber den Gegenstand der Miethe oder Pacht noch nicht dem andern Theil überlassen hat, Dienstverträge (§ 611 B.G.B.), mit Ausschluß der in §§ 22, 23 Abs. 2 geregelten, so daß § 17 statt hat, wenn der G.Schuldner der Dienstverpflichtete ist, oder wenn das Dienstverhältniß nicht im Haushalt, Wirthschaftsbetrieb, Erwerbsgeschäft des G.Schuldners angetreten ist, auch nicht eine Geschäftsführung für den G.Schuldner zum Gegenstand hat. — Das Dienstverhältniß fällt aber auch dann nicht unter § 17, wenn es ein für den G.Schuldner höchst persönliches ist (vgl. Vorbem. 2 zu diesem Titel). Ferner fällt der **Werkvertrag** (§ 631 B.G.B.) — außer wenn er eine Geschäftsbesorgung für den

Digitized by Google

G.Schuldner betrifft § 23 Abs. 2 — unter § 17. Ein Werkvertrag ist auch das Kommissionsgeschäft (vgl. Jäger Anm. 3). Wenn G.Schuldner Kommittent ist, erlischt das Kommissionsverhältniß mit der K.Eröffnung (§ 23 Abs. 2), so daß nur für den Fall, daß der G.Schuldner Kommissionär ist oder als Kommittent von dem ihm nach § 400 H.G.B. zustehenden Eintrittsrecht Gebrauch macht § 17 statthaben kann. Schließlich umfaßt § 17: Mäklerverträge, Vergleiche, Leibrenten-Versicherungsverträge, Aktienzeichnungsverträge RGH. 25, 292, RG. 2, 262.

4) Ob die weitere Voraussetzung des § 17 vorliegt, daß jeder von beiden Theilen noch **nicht oder nur theilweise erfüllt** hat, oder ob schon vollständig erfüllt ist, ist als Thatfrage nach den Umständen zu entscheiden, unter Berücksichtigung dessen, was gesetzmäßig oder vertragsmäßig dazu nothwendig ist, das Schuldverhältniß zum Erlöschen zu bringen (§ 362 B.G.B.). Ein Kaufvertrag über Grundstücke ist nach §§ 433, 925 B G.B. vor erfolgter Auflassung nicht erfüllt (ebenso früher nach dem preuß. Gesetz vom 5. Mai 1872; vgl. Strieth. 52, 229; A.L.R. I. 11 § 126). Aus welchem Grunde die Erfüllung unterblieben, ist für die Anwendbarkeit des § 17 einflußlos, RG. 13. Febr. 1882, J.M. 91, Strieth. 52, 119; ebenso, ob noch ein größerer oder geringerer Theil zu erfüllen bleibt, vgl. P. § 16; Strieth. 39, 218; 44, 202. Zur Erfüllung gehört auch die Verpflichtung zur Gewährleistung und zwar sowohl wegen Mängel im Recht als wegen Mängel der Sache (vgl. §§ 434, 459 B.G.B. — früher A.L.R. I. 5 § 317). Die Verpflichtung des Verkäufers, Gewähr zu leisten, entspringt aus dem Vertrage selbst, der Verkäufer ist gehalten dem Käufer den verkauften Gegenstand frei von Rechts- und Sachmängeln zu verschaffen und hat so lange nicht erfüllt, als er die Mängel nicht beseitigt oder Ersatz dafür geleistet hat. So ist auch der Verwalter, wenn er Erfüllung wählt, verpflichtet, die schon vom G.Schuldner begonnene Leistung durch Gewährleistung zu vervollständigen. Indeß die bloße Möglichkeit einer künftigen Gewährleistung genügt nicht, um die Erfüllung als nicht erfolgt anzusehen, sofern nicht schon zur Zeit der gemäß § 17 zu treffenden Entschließung sich ein Erfüllungsmangel herausgestellt hat (Mandry-Geib S. 453, Jäger Anm. 22, 23, Petersen-Kleinfeller I 6, v. Sarwey-Boffert Nr. 2). Ob eine bedungene Vertragsstrafe zur vollständigen Erfüllung gehört, kann für die Anwendung des § 17 nur in Frage kommen, wenn die Vertragsstrafe für den Fall versprochen ist, daß der Schuldner die Hauptverbindlichkeit nicht in gehöriger Weise erfüllt (§ 341 B.G.B.) und die ursprünglich geschuldete Vertragsleistung zwar zu spät, aber vor der K.-Eröffnung erfolgt und mit Vorbehalt seitens des Gläubigers, Abs. 3 a. a. O., angenommen ist. In allen anderen Fällen, in denen z. Zt. der K.Eröffnung die fällig gewordene Vertragsstrafe noch aussteht, hat der Schuldner die Hauptverbindlichkeit noch nicht erfüllt. Jene Frage ist dahin zu entscheiden, daß die Vertragsstrafe zur Erfüllung gehört, da sie zum Bestand der Forderung zu rechnen ist (vgl. § 1210 B.G.B. „auch"; Neumann, Kom. zu § 339 B.G.B. Anm. 2; a. M. Dernburg, Schuldverhältnisse 1. u. 2. Aufl. S. 220ff.).

Vollständig erfüllt ist auch dann, wenn der Verkäufer einer beweglichen Sache diese zwar übergeben, bis zur vollen Entrichtung des Kaufpreises aber sich das Eigenthum vorbehalten hat. Der Verkäufer, der nach § 433 B.G.B. verpflichtet ist, dem Käufer die Sache zu übergeben und ihm das Eigenthum daran zu verschaffen, hat seinerseits nichts mehr zu gewähren, der Erwerb des Eigenthums hängt nunmehr nur noch vom Käufer ab. Dieser wird an dem Erwerb auch nicht durch die Bestimmung des § 15 gehindert (vgl §§ 455, 161 B.G.B. und Anm. 5 zu § 15).

Ob eine Forderung durch Ausstellung oder Hingabe von Wechseln schon erfüllt ist, entscheidet sich nach dem damit verbundenen Willen, danach, ob der Wechsel an Zahlungsstatt gegeben und genommen ist, wogegen die Vermuthung spricht (P. 364 B.G.B., R.O.H. 7, 43; 10, 48; Ob.H.G. 28, 199; 63, 151; Strieth. 13, 237); anderen Falles ist dadurch nicht schon erfüllt (Strieth. 44, 202). — Auch eine Abrede über die Umschaffung einer Wechselschuld oder einer anderen Verbindlichkeit in eine Hypothekenschuld unterliegt dem § 17 (vgl. Strieth. 55, 331).

Gleichgültig ist, ob der eine oder der andere Theil zur Erfüllung rechtskräftig verur-

Digitized by Google

theilt ist. Als Erfüllung wirkt nur die mit Erfolg vollendete Zwangsvollstreckung. Zu beachten ist jedoch, daß, wo die geschuldete Leistung eine Willenserklärung ist, z. B. die Auflassungserklärung, nach § 894 C.P.O. die Willenserklärung als mit Rechtskraft des Urtheils abgegeben gilt. Nach der besonderen Vorschrift des § 36 des Ges. über d. Verlagsrecht R.GBl. 1901 S. 217 findet § 17 auch dann Anwendung, wenn das Werk bereits vor der K.Eröffnung abgeliefert ist.

5) Dadurch daß der Verwalter „an Stelle des G.Schuldners" erfüllen oder Erfüllung verlangen kann, ist die Voraussetzung bestimmt, daß es sich um **vertretbare Leistungen** handeln muß (Vorb. 2 vor § 17 und nachstehende Anm. 6).

6) Der Verwalter „kann" die Erfüllung anbieten und verlangen, ist aber nicht dazu verpflichtet. **Will er die Erfüllung nicht,** so steht dadurch die Nichterfüllung des Vertrags und zwar eine Nichterfüllung des G.Schuldners für das Verhältniß der Betheiligten hinsichtlich der K.Masse fest. Die Existenz des Vertrages allein kann daher nicht schon vom anderen Theil dem Verwalter als Einrede (z. B. gegen dessen Eigenthumsklage) entgegengesetzt, sondern nur der Anspruch aus der Nichterfüllung geltend gemacht werden (RG. 5. Nov. 1891, JW. 1892 S. 15). Der Vertrag selbst ist nicht aufgehoben. Ein Recht, den Vertrag aufzuheben und aus diesem Grunde die frühere Erfüllung rückgängig zu machen, ist dem Verwalter nicht gegeben (RG. 18. Okt. 1886, J.W. 348). Ihm bleibt nur das Recht, nicht zu erfüllen. Als selbstverständlich ist es nicht nöthig erachtet, diese andere Alternative des Wahlrechts im Gesetze zu erwähnen. Die Nichterfüllung gilt vielmehr als natürliche Regel beim Konkurse, so daß deshalb im § 17 nur erwähnt ist, daß der Verwalter auch die Erfüllung wählen kann. „Die Nichterfüllung ist die unmittelbare Folge der K.Eröffnung" (Mot. 67). Der andere Theil hat dann nur den aus § 26 sich ergebenden Interesseanspruch für Nichterfüllung, RG. 29. Okt. 1895, JW. 601. Der ein Entschädigungsrecht ablehnenden Annahme von Fitting § 6 zu Anm. 7, 8 daß er eine fortbestehende, nur nach § 69 in eine Geldforderung umgewandelte K.Forderung auf Erfüllung habe und (unter Aufrechnung mit seiner Geldgegenleistung, oder gegen das Erbieten seiner vollständigen Erfüllung) liquidiren könne, steht entgegen, daß im § 17 nur dem Verwalter ein Recht gegeben ist, Erfüllung zu verlangen (nicht die Pflicht) und daß §§ 26, 18 eine Nichterfüllung in Folge der K.Eröffnung und eine Forderung „wegen Nichterfüllung" voraussetzen, wenn die Erfüllung selbst nicht (vom Verwalter nach § 17) verlangt wird, oder (nach § 18) nicht verlangt werden kann. Arg. e contr. aus § 17, daß der andere Theil das Erfüllungsrecht nicht hat. Lehnt der K.Verwalter die Erfüllung ab, so geschieht dies für den G.Schuldner, dieser hat nicht erfüllt, und damit sind auch alle mit ihm für den Fall der Nichterfüllung getroffenen Vereinbarungen, wie Vertragsstrafe, Eigenthumsvorbehalt, wirksam (RG. 21, 5, 7. März 1894, J.W. 181, Rassow in Rassow K. 26, 447 und Eccius I § 117). Hatte der G.Schuldner theilweise vorgeleistet und wählte der K.Verwalter die Nichterfüllung, so muß sich der andere Theil die Vorleistung auf seinen Interesseanspruch anrechnen lassen. Uebersteigt die Vorleistung den Interesseanspruch, so kann der Verwalter die Mehrleistung als grundlose Bereicherung zurückfordern, wenn der andere Theil ihn an der Erklärung, die Erfüllung nicht verlangen zu wollen, festhalten will (B.G.B. § 812). Ohne dieses Festhalten hat der Verwalter keinen Anspruch auf Herausgabe des Ueberschusses, da er den Vertrag nicht aufheben kann, der Fall der condictio ob causam finitam also nicht vorliegt. Ebenso Kohler S. 137. Vgl. auch RG. 18. Oktober 1886, J.W. 348 a. E. A. M. Jäger Anm. 17. — Die Erfüllung selbst ist für den anderen Theil auch dem G.Schuldner gegenüber durch die Wahl des Verwalters beseitigt, durch den der G.Schuldner hinsichtlich des die Masse betreffenden Vertrages vollständig vertreten wird. Dem G.Schuldner ist dadurch nicht ein Massebestandtheil zur Verfügung überlassen; sondern die Erfüllung ist mit einer für ihn (auch nach der K.Beendigung) bindenden Wirksamkeit (zufolge § 6 Abs. 2) abgelehnt (Mandry-Geib § 43 S. 453; Obtr. 75, 136; Vorb. 3 vor § 17; vgl. Petersen-Kleinfeller Anm. I 11; RG. 17. Febr. 1886, Bolze II Nr. 1999; abw. Eccius 1, § 117 Anm. 3). Nach der Ablehnung der Erfüllung haften Bürgen und Pfänder nicht mehr für die Erfüllung, sondern für die sich aus

Digitized by Google

der Nichterfüllung ergebende Ersatzforderung (§§ 767, 1210 B.G.B.). Bestimmend wird für die Ausübung des Wahlrechts der Vortheil der K.Masse sein; das Interesse Dritter, auch der Absonderungsberechtigten, braucht er nicht wahrzunehmen (RG. 18. März 1887, J.W. S. 207). Ueber die Zulässigkeit vertragsmäßiger anderer Bestimmungen für den K.Fall vgl. Vorb. 4 vor § 17.

7) Hat der **Verwalter Erfüllung** verlangt, so muß er seinerseits erfüllen, er. kann nur „erfüllen und die Erfüllung verlangen". Die Forderung des andern Theils auf Leistung dieser Erfüllung ist nach § 59 Nr. 2 eine Masseschuld. Sowohl selbst erfüllen, als auch die Erfüllung verlangen kann der Verwalter nur „an Stelle des G.-Schuldners"; er muß sich also in beiden Beziehungen alle Einwendungen gefallen lassen, die der andere Theil dem G.Schuldner entgegensetzen kann, und muß die Leistungen „gleich dem G.Schuldner" bewirken, auch wenn ihm früher begründete beläftigende Rechte erst später bekannt geworden sind (RG. 11, 49). Dies gilt insbesondere von den Wirkungen des Verzugs (§ 326 B.G.B.), der Gewährleistungspflicht des G.Schuldners (§§ 440, 462 B.G.B.). Die bereits begründeten Rechte Dritter kann er dabei nicht übergehen; vgl. Oetker, Busch 14, 31 gegen RG. 11, 136. Nach dem Grundsatze, daß der Verwalter für die Erfüllung und das Erfüllungsverlangen an die Stelle des G.Schuldners tritt, richtet es sich auch, ob Leistung oder Gegenleistung Zug um Zug, oder ob und welche von ihnen vorgängig erfolgen muß; ebenso, daß der Verwalter Sicherheit zu leisten hat, wenn der G.Schuldner, vertragsmäßig oder gesetzlich, dazu verpflichtet ist. Außerhalb einer dem G.Schuldner obliegenden Kautionspflicht soll der Verwalter auf Grund der K.Eröffnung Kaution zu bestellen nicht verpflichtet sein (Mot. 69). Das Recht eines Wechselinhabers, nach Art. 29 Wechsel-O. bez. Gesetz vom 27. Mai 1863, G.S. S. 357 (Novelle) Art. 1 Nr. 6 vom Aussteller oder (vgl. Entsch. 20, 343) vom Acceptanten des Wechsels Sicherheit zu fordern, ist in Fällen, wo der Verwalter die volle Haftung für den Wechsel als Folge der seinerseits verlangten Vertragserfüllung zu leisten hat, auch dem Verwalter gegenüber nicht zu versagen (vgl. Anm. 4 h zu § 25). Sofern der Wechselinhaber seine Wechselforderung nur als betagte oder bedingte Konkursforderung geltend machen kann, kommen §§ 12, 65, 67 zur Anwendung und Art. 29 W.O. neben § 12 nicht in Frage. Verlangt der Verwalter die Erfüllung, so hat er die Vorschriften der §§ 133 Nr. 2, 136 zu beachten.

8) Bei **Theilbarkeit der Leistung** — wenn die Leistung auf beiden Seiten derart theilbar ist, daß für die Theilleistung die Theilgegenleistung bestimmt ist (Beispiel: 100 Waggons Koks, lieferbar zum Preis von 250 M. pro Waggon nach Bedarf gegen Zahlung der einzelnen gelieferten Waggons) findet grundsätzlich § 17 Anwendung, falls keiner der Vertragsgegner seine Verpflichtungen voll, d. h. alle Theilleistungen erfüllt hat. Dies muß auch bei dem Fall gelten, daß Theilleistung und die für diese bestimmte (entsprechende) Gegenleistung erfolgt ist, denn der Vertrag umfaßt eben auf beiden Seiten noch weitere ausstehende Leistungen (vgl. RG. 39, 57 ff.). Nur dann wird eine abweichende Entscheidung gerechtfertigt sein, wenn der Vertrag bloß äußerlich ein einheitlicher ist, der Vertragsschluß also mehrere in sich selbständige Verträge umfaßt oder doch die einzelnen Theilleistungen mit den ihnen entsprechenden Theilgegenleistungen als selbständig und von den anderen Theilleistungen nebst Theilgegenleistungen unabhängig gemeint sind (so auch Sarwey-Bossert Anm. 2b Petersen-Kleinfeller D7; abw. Jäger Anm. 16, von Völderndorff I S. 222, Oetker bei Busch Bd. 14 S. 27). Ob einer der beiden eben genannten Fälle vorliegt, ist im Zweifel zu verneinen (vergl. § 154 B.G.B.). Verlangt der K.Verwalter die Lieferung der noch ausstehenden Theilleistungen vom anderen Theil, so kann dieser auch die noch nicht gezahlte Vergütung für die bereits vor der K.Eröffnung bewirkten Theilleistungen als Massegläubiger verlangen. Will der K.Verwalter die volle Erfüllung nicht, so muß sich der andere Theil die ihm bereits vor der K.Eröffnung gezahlte Vergütung auf seinen gem. § 26 zu berechnenden Schadensanspruch anrechnen.

9) **Zu Abs. 2.** Eine Vermittelung des Gerichts ist für das „Erfordern des andern Theils" und für die Erklärung nicht nöthig. Eine besondere Form ist weder für die Aufforderung, noch für die Erklärung vorgeschrieben, also auch nicht nöthig, und jede schrift-

Digitized by Google

liche oder mündliche genügend. Auf Kosten des Verwalters eine besondere Form zur Aufforderung zu wählen, würde der Mitkontrahent nur dann berechtigt sein, wenn er durch Verschulden des Verwalters dazu genöthigt würde. Hat der Verwalter ausdrücklich oder stillschweigend erklärt, daß er nicht erfüllen will, oder Erfüllung nicht verlangt, so bedarf es nicht noch einer Aufforderung, insbesondere auch nicht, um eine Entschädigungsforderung wegen der in Folge des Konkurses eingetretenen Nichterfüllung (§ 26) zu begründen. (RG. 22, 107.) Andererseits ist eine Aufforderung ohne Wirkung, wenn der Verwalter bereits erklärt hat, daß er erfüllen will und Erfüllung verlangt. Der Verwalter kann seine Entscheidung auch dadurch treffen, daß er die von dem anderen Theile wegen Nichterfüllung angemeldete Entschädigungsforderung anerkennt (RG. 22, 107). — Ein Bevollmächtigter des andern Theils braucht der Aufforderung seine Vollmacht nicht beizufügen; es ist Sache des Verwalters, die Vorlegung zu verlangen, wenn er sie bezweifelt (Vgl. B.G.B. § 174 — bisher A.L.R. I. 13 § 91, Obtr. 78, 22).

Die Erklärung kann ohne Rücksicht darauf, ob die Erfüllungszeit schon eingetreten ist, jederzeit nach der K.Eröffnung gefordert werden. Streiten die Parteien über die Folgen der Erklärung oder über die Unterlassung, so wird der Prozeßrichter mit der Entscheidung darüber befaßt. Der Ausdruck „ohne Verzug" ist gleichbedeutend mit der Bezeichnung „unverzüglich" des B.G.B. Diese bedeutet „ohne schuldhaftes Zögern" (§ 121 B.G.B.). Ob ein Verzug vorliegt, ist also nach den konkreten Umständen zu beurtheilen.

Die Unterlassung der Erklärung hat zur Folge, daß der Verwalter das Recht verliert, die Erfüllung zu verlangen, also die Nichterfüllung mit ihren (oben Anm. 6 erörterten) Folgen feststeht, sofern nicht noch eine anderweitige Einigung erfolgt; RG. 17. Febr. 1886, Bolze 2 Nr. 1999; Petersen-Kleinfeller 2, 2; Endemann S. 165. Deshalb wird durch das Schweigen des Verwalters der G.Schuldner nicht berechtigt, seine etwaigen Ansprüche aus dem Rechtsgeschäft unbeschadet der K.Masse zu verfolgen und den Gegner von der konkursmäßigen Befriedigung auszuschließen; der Verwalter hat kein Wahlrecht, dieses zu gestatten (RG. 9. Juli 1892, J.W. 371).

10) **Ist die Wahl unterblieben,** das heißt, hat der Verwalter eine Erklärung nicht abgegeben, und ist er auch nicht dazu aufgefordert, so ist das Rechtsverhältniß vom Konkurs gar nicht berührt worden. Denn weder Seitens des K.Verwalters ist eine abändernde Verfügung getroffen, noch Seitens des K.Gläubigers ist das Rechtsverhältniß zur K.Masse geltend gemacht (vgl. § 3 A. 15, § 12 Abs. 2). Das Rechtsverhältniß wird also nach Beendigung des K. von beiden Theilen unverändert fortgesetzt (Petersen-Kleinfeller II 12 a. E.; Sarwey-Bossert A. 7 a. E.; Jäger A. 54). Ob aber dieser Satz auch im Falle des Zwangsvergleichs gilt, ist danach zu entscheiden, welchen Einfluß der Zwangsvergleich überhaupt auf solche Forderungen hat, die nicht einfach auf Zahlung einer Geldsumme gerichtet sind. Vgl. § 193. — Ein Wahlrecht steht dem G.Schuldner auch nach der Beendigung des Konkurses nicht zu.

§ 18 (16).

War die Lieferung von Waaren, welche einen Markt- oder Börsenpreis haben, genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist bedungen, und tritt die Zeit oder der Ablauf der Frist erst nach der Eröffnung des Verfahrens ein, so kann nicht die Erfüllung verlangt, sondern nur eine Forderung wegen Nichterfüllung geltend gemacht werden.

Der Betrag dieser Forderung bestimmt sich durch den Unterschied zwischen dem Kaufpreise und demjenigen Markt- und Börsenpreise, welcher an dem Orte der Erfüllung oder an dem für denselben maßgebenden Handelsplatze sich für die am zweiten Werktage nach der Eröffnung des Verfahrens mit der bedungenen Erfüllungszeit geschlossenen Geschäfte ergiebt.

Digitized by Google

Ist ein solcher Markt- oder Börsenpreis nicht zu ermitteln, so findet die Bestimmung des ersten Absatzes keine Anwendung.

E. I. 21. P. 17.

1. § 18 eine Ausnahme von § 17 für Fixgeschäfte.
2. Waaren.
3. Markt- und Börsenpreis.
4. Festbestimmte Zeit oder Frist.
5. Fristablauf vor der K.Eröffnung, am Tage der K.Eröffnung, am Tage nach der K.Eröffnung.
6. Forderung wegen Nichterfüllung.
7. Berechnung der Forderung. — Von Abs. 2 abweichende Vertragsbestimmung.
8. Ermittelung des Regulirungspreises.
9. Abs. 3.

1) Im § 18 ist eine **Ausnahme vom § 17 für Fixgeschäfte** (§ 376 H.G.B.) über „Waaren, welche einen Markt- oder Börsenpreis haben", bestimmt. Das Lieferungsgeschäft wird dann in eine Differenzvergütung aufgelöst. Das Wahlrecht des § 17 fällt fort, weil es durch die Preisschwankungen, die Verkettung des Geschäfts mit unberechenbaren anderen und durch die zeitweise Ungewißheit ungerecht wird. Mot. 69—71. Als Zeitpunkt, nach dem die Entschädigung zu berechnen ist, hat § 18 weder den der Spekulation anheim fallenden kontraktlichen Erfüllungstag, wie P. § 17, noch den Tag der K.Eröffnung (wie E. I. § 21), der dem Anderen den sofortigen Abschluß eines neuen gleichartigen Deckungsgeschäfts nicht ermöglicht, sondern, um diese Deckung zu ermöglichen, den zweiten Werktag nach der K.Eröffnung bestimmt. Mot. 71—74.

Der § 18 ist als Fortsetzung des § 17 zu lesen, dessen Bestimmungen er für die an sich unter § 17 fallenden Fixgeschäfte modifizirt. Vgl. Mot. S. 69: „Ausnahme von den im § 15 (a. F.) festgesetzten Wahlrechte" und Grund des § 18 nach Obigem. Daraus folgt als Voraussetzung zur Anwendbarkeit des § 18, daß das Geschäft von Jedem der beiden Theile zur Zeit der K.Eröffnung noch ganz oder theilweise zu erfüllen ist und zwar, wie bei § 17, ohne Rücksicht darauf, worin der Grund der Nichterfüllung liegt. RG. 13. Febr. 1882, JW. 91; Fitting § 6 Anm. 16; Eccius I, § 117 Anm. 4; Hullmann Anm. 6; Stieglitz zu IV. 2; Petersen-Kleinfeller zu I; Jäger Anm. 2; Völderndorff zu d II.; Meisner Note 1. Abw. für die Anwendbarkeit des § 18 ohne Rücksicht auf diese Voraussetzung, weil § 18 sie nicht wiederhole und die gleiche Regelung auch für andere Fälle sachgemäß sei: Sarwey-Bossert Anm. 1; Mandry-Geib S. 430; Wengler Anm. II. 1. — Ist von jedem der beiden Theile noch zu erfüllen, jedoch eine der weiteren Voraussetzungen des § 18 nicht vorhanden, so kommt § 17 zur Anwendung. Ist dagegen das Geschäft von einem Theile schon vollständig erfüllt, so sind weder § 18 noch § 17 anwendbar, sondern die für diesen Fall in Anm. 2 zu § 17 entwickelten Grundsätze. Hatte also der eine Theil als Käufer schon vor der K.Eröffnung vollständig erfüllt, so kann der Verwalter für den G.Schuldner, der erfüllt hat, seine Rechte aus § 376 H.G.B. ohne Modifikation geltend machen, während der andere Kontrahent, wenn er erfüllt hat, die Rechte aus § 376 a. a. O. nur nach Maßgabe der §§ 69, 26 geltend machen kann. War andererseits die Lieferung der Waare vor der K.Erfüllung, wenngleich vor der bedungenen Zeit, als Vertragserfüllung erfolgt und angenommen, so hat der Verkäufer dann unbedingt und nur den Kaufpreis (der Verwalter als Forderung zur K.Masse, der andere Kontrahent als K.Forderung) zu beanspruchen. Ist zur Zeit der K.Eröffnung theilweise geliefert, so bleibt § 18 nur hinsichtlich der rückständigen Lieferung anwendbar, weil nur hinsichtlich dieses Theils eine Erfüllung im Sinne des § 18 in Rede steht. Soweit § 18 anwendbar ist, bleibt für die Grundsätze des § 17 kein Raum.

2) Unter den **Waaren**, „welche einen **Markt- oder Börsenpreis** haben", sind im Sinne des § 18 alle käuflichen beweglichen Sachen einschließlich der Werthpapiere zu verstehen. Das neue H.G.B. nennt zwar Waare nur bewegliche Sachen (körperliche Gegenstände) und unterscheidet daneben Werthpapiere (§ 1 Z. 1 H.G.B.). Mit dieser Unterscheidung ist aber einer Aenderung des Begriffs „Waare" i. S. des § 18, wie er bis zum Inkrafttreten des H.G.B. bestand und unter den ganz übereinstimmend auch Werthpapiere gerechnet wurden, nicht beabsichtigt (vgl. Jäger Anm. 6). Der § 18 ist ausgeschlossen, wenn nicht vertretbare (fungible, P. § 17), sondern individuell bestimmte Sachen geliefert werden sollen.

Digitized by Google

3) Die Waare muß einen **Markt-** oder **Börsenpreis** haben, wenn § 18 in Betracht kommen soll. Nicht nöthig ist, daß die Waare gerade auf Märkten oder an der Börse gehandelt wird, es genügt vielmehr, daß die Waare irgendwie an dem für den Erfüllungsort maßgebenden Handelsplatze (dem Handelsplatz, zu dessen Verkehrsbereich der Erfüllungsort gehört) regelmäßig umgesetzt wird, so daß sich immer mit Sicherheit ein Durchschnittspreis ermitteln läßt. Wie die Ermittelung geschieht — ob durch amtliche Preisnotirung, durch Sachverständige oder in anderer Art — ist gleichgültig (Mot. S. 74). Uebereinstimmend Cosack, Handelsrecht 4. Aufl. S. 138, Petersen-Kleinfeller II A, Sarwey-Bossert 2, Jäger Anm. 7.

4) Die Bedingung, daß die Waare **„genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist"** geliefert werden soll, ist gleichlautend mit der im H.G. § 376 als Voraussetzung festgesetzten Zeitbestimmung. Zur Auslegung dient hier also, was von der Zeitbestimmung des § 376 gilt; die Zeitbestimmung muß eine so wesentliche Bedingung sein, daß das Geschäft selbst damit steht und fällt. **RG. 1**, 241; R.O.H. **3**, 273 ff.; **4**, 164; **6**, 18, 228, 376; **20**, 236. Vgl. Staub zu § 376 H.G.B. Anm. 1—6 und die dort cit. Entscheidungen.

5) Wenn **Zeit** oder **Frist** schon **vor Eröffnung** des Verfahrens eingetreten oder **abgelaufen** war, also § 18 nicht anwendbar ist, und die Ansprüche nicht schon regulirt sind, so finden § 17 und §§ 326, 361 B.G.B., § 376 H.G.B. Anwendung. Zu beachten ist, daß der Verwalter, soweit er danach Erfüllung verlangt, diese nur „an Stelle des G.Schuldners" fordern kann, also auch dessen Erklärungen, Unterlassungen und Verzug gegen sich gelten lassen muß. Anm. 7 zu § 17; vgl. Kohler S. 134.

Tritt die Zeit oder der Ablauf der Frist am **Tage der Eröffnung** oder am **ersten Werktage** nachher ein, so fällt der Termin in die Zeit nach der Eröffnung (vgl. § 108, B.G.B. §§ 186 ff., preuß. A.L.R. I. 3 § 47). Indeß die Anwendung des Abs. 2 ist dann unmöglich, weil es am zweiten Werktage nach der K.Eröffnung keine Markt- oder Börsenpreise für eine Leistung giebt, die schon vorher fällig geworden ist. Es findet also Abs. 3 Anwendung. So auch Petersen-Kleinfeller Anm. III. 9; Fitting § 6 Anm. 18; Sarwey-Bossert Anm. 4; Jäger Anm. 12; Eccius 1 § 117 Anm. 5; Dernburg, Preuß. Privatr. seit 5. Aufl. § 118 bei Anm. 13.

6) **Beide Theile können im Falle des § 18 nicht die Erfüllung, sondern nur eine Forderung wegen Nichterfüllung geltend machen,** sowohl Käufer als Verkäufer, und ohne Rücksicht, ob Käufer oder Verkäufer der G.Schuldner oder der andere Kontrahent ist. Die Entschädigungsforderung wegen Nichterfüllung hat allemal derjenige, zu dessen Gunsten sich die Differenz gemäß Abs. 2 ergiebt, gleichgültig, wer von beiden nicht erfüllt. War die Erfüllungszeit während des Konkurses eingetreten, und ist § 18 von einem der beiden Theile in Anspruch genommen, so gilt das Recht auf den Anspruch aus § 18 auch nach Aufhebung des Konkurses, und zwar nicht nur zu Gunsten des anderen Theils gegen den G.Schuldner, sondern auch zu Gunsten des G.Schuldners gegen seinen Mitkontrahenten. Die im § 18 vorgeschriebene Aenderung der Rechte der Kontrahenten tritt als Folge der K.Eröffnung im Interesse beider Theile ein (Anm. 1); die Erfüllungszeit kann zumal für solche Geschäfte, bei denen die Zeit einer der wesentlichsten Faktoren ist, nur einheitlich für alle Betheiligte so, wie § 18 bestimmt, gelten sollen (Vorb. 3 vor § 17). Das nach § 376 H.G.B. sonst zulässige Recht, vom Vertrage zurückzutreten, steht keinem Theile mehr zu; vgl. die positive Bestimmung: „es kann nur ꝛc."; die durch den Rücktritt sofort herbeizuführende Beseitigung der Forderung des andern Theils ist ausgeschlossen; Böldern-dorff **1**, 243, Endemann S. 169 zu 13, Oetker in Busch **14**, 38.

Da indeß die Vorschrift des § 18 für den Konkurs gegeben ist, so kommt sie in Wegfall, wenn weder der Verwalter das Rechtsverhältniß zur K.Masse zieht und geltend macht, noch der andere Theil einen Anspruch daraus zur Masse geltend machen will, sondern eine außerkonkursmäßige Regelung vorzieht, die insbesondere dann Platz greifen kann, wenn die Fälligkeit erst nach Aufhebung der K. eintritt (Vgl. § 3 A. 15, § 12 A. 2). Bei einer derartigen Regelung hat weder der G.Schuldner noch der Vertragsgegner An-

Digitized by Google

spruch auf Anwendung des § 18. Vgl. Oetker in Busch 14, 37; Seuffert, Konkursprozeßrecht S. 191. Abweichend Sarwey-Bossert Anm. 7; Petersen-Kleinfeller III. 6; Jäger Anm. 19; Dernburg, Preuß. Privatr. 2 § 118; Förster-Eccius 1 § 117; Mandry-Geib S. 430. Es kommt jedoch auch hier der Einfluß eines etwa geschlossenen Zwangsvergleichs in Betracht. Vgl. Anm. 10 zu § 17.

7) Für die **Differenzberechnung** maßgebend ist nicht der Preis, der für eine am zweiten Werktage nach der K.Eröffnung sofort erfolgende Lieferung gezahlt wird, sondern der Preis, der an diesem Tage für eine zur bedungenen späteren Erfüllungszeit erfolgende Lieferung gleichartiger Waaren am Erfüllungsorte der geltende ist. Mot. 74. Der Preis wird also bestimmt, wie wenn der Vertrag am zweiten Werktage nach der K.Eröffnung auf Lieferung mit der bedungenen Erfüllungszeit geschlossen wäre. Die in Busch 1, 510, 511 versuchte Redaktionsverbesserung, wonach der Tag des Geschäftsabschlusses gleichgültig sein soll, und nur der am zweiten Werktage sich ergebende Kurs oder Marktpreis für die mit der bedungenen Erfüllungszeit wenngleich schon früher geschlossenen Geschäfte maßgebend sein soll, führt nur in den Fällen zu demselben Ergebniß mit dem deutlichen Gesetze, wenn es für den Markt- oder Börsenpreis gleichgültig ist, ob dergleichen Geschäfte an demselben Tage oder früher geschlossen sind. Da „nur" eine Forderung wegen Nichterfüllung, Abs. 1, und zwar in dem im Abs. 2 bezeichneten Betrage geltend gemacht werden kann, so kann als gesetzlich hier nur diese Feststellung der Schadensforderung, insbesondere nicht der Verkauf für Rechnung des Käufers oder der Kauf für Rechnung des Verkäufers (§ 376 Abs. 3 H.G.B.) angesehen werden. — Eine **anderweite** vor der K.Eröffnung bedungene **Vertragsbestimmung** über die Höhe für den Fall des § 18 wird zwar in der Praxis vielfach als zulässig behandelt (vgl. Berliner Börsenusancen, R.O.H. 1, 93; Kohler S. 657, Dernburg 2, § 118), ist jedoch für den Konkurs unwirksam, da der Inhalt der allein zulässigen Forderung (Abs. 1 „nur", Abs. 2 „dieser" Forderung) im Abs. 2 ausnahmslos allen Betheiligten gegenüber festgestellt ist; vgl. Völderndorff Anm. 32, Meisner Anm. IIIb, Petersen-Kleinfeller Anm. I, Seligsohn, Busch 9, 408, Sarwey-Bossert Anm. 7, Striethorst Arch. 38, S. 285.

Der zweite Werktag nach der K.Eröffnung ist so zu berechnen, daß der Tag der K.Eröffnung nicht mitgerechnet wird, sondern erst der folgende Tag der erste ist. Für die Berechnung sind §§ 186 ff. B.G.B. maßgebend; Sonntage und „allgemeine Feiertage" — letztere nach den für den Erfüllungsort maßgebenden Vorschriften — bleiben außer Berechnung. In Preußen sind allgemeine Feiertage: Weihnachten, Ostern, Pfingsten je zwei Tage, Neujahr, Bußtag (Mittwoch vor dem letzten Trinitatis-Sonntag, Ges. v. 12. März 1893 G.S. S. 29), Charfreitag (Ges. v. 2. Sept. 1899), Himmelfahrt (vgl. Anm. zu C.P.O. §§ 171, 200 a. F.).

8) Auf welche Weise die **Ermittelung des Regulirungspreises** geschieht, ob durch amtliche Kursnotirungen oder Sachverständige, ist im Ergebniß gleich, wenn nur überhaupt die Ermittelung mit Sicherheit erfolgt. Mot. 74. Es entscheidet das Prinzip der freien richterlichen Beweiswürdigung ohne Beschränkung der Beweis- und Ueberzeugungsmittel, als welche auch Zeitungsnotizen ausreichen können. C.P.O. § 286 (vgl. R.O.H. 2, 194; 7, 174; 8, 98; 17, 305).

9) **Abs. 3.** Ist der Markt- und Börsenpreis für das streitige Geschäft überhaupt nicht zu ermitteln, so ist § 18 (Ausnahme von § 17 vgl. Anm. 1) nicht anwendbar. Es findet dann § 17 Anwendung. Abw. von P. § 17 (Ges. v. 12. März 1869). Mot. 74.

§ 19 (17 Nr. 1).

War dem Gemeinschuldner ein von ihm gemietheter oder gepachteter Gegenstand vor der Eröffnung des Verfahrens überlassen, so kann sowohl der andere Theil als der Verwalter das Mieth- oder Pachtverhältniß kündigen. Die Kündigungsfrist ist, falls nicht eine kürzere Frist bedungen war, die ge-

Digitized by Google

setzliche. Kündigt der Verwalter, so ist der andere Theil berechtigt, Ersatz des ihm durch die Aufhebung des Vertrags entstehenden Schadens zu verlangen.

E. I. 22. P. 18 S. 3 K.O.N.

1. § 17 Nr. 1 a. F.
2. §§ 19—21, Ausnahmen von § 17.
3. Zugehörigkeit des Mieth- und Pachtrechts des G.Schuldners zur K.Masse.
4. Mieth- und Pachtverhältniß.
5. Gegenstand des Vertrages.
6. Ueberlassung vor K.Eröffnung.
7. Einfluß des Verkaufs auf das Vertragsverhältniß.
8. Kündigungsrecht beider Theile. — Ausübung.
9. Folgen der Kündigung.
10. Uebergangsrecht.

1) § 19 entspricht in den beiden ersten Sätzen der **bisherigen Nr. 1 § 17**, die lautete:

„Auf Pacht- nnd Miethverträge über Sachen übt, wenn deren Uebergabe schon erfolgt ist, die Eröffnung des Verfahrens folgende Wirkungen aus:

Hatte der Gemeinschuldner gepachtet oder gemiethet, so kann sowohl der andere Theil als der Verwalter den Vertrag aufkündigen. Die Frist oder Zeit für die Kündigung ist, falls eine kürzere Frist oder nähere Zeit nicht bedungen war, die gesetzliche oder ortsübliche.“ Die Neufassung ist mit Rücksicht auf den Sprachgebrauch des B.G.B. (§ 571) und die im B.G.B. gegebene einheitliche Regelung der Kündigungsfristen (§§ 565, 581, 595) erfolgt (Begr. z. K.O.Nov. S. 29). Satz 3 ist neu vgl. A. 9.

2) **§§ 19—21 sind Ausnahmen von der Regel des § 17.** § 19 setzt voraus, daß G.Schuldner Miether oder Pächter ist und der Gegenstand bereits überlassen; § 20 ebenfalls, daß G.Schuldner Miether oder Pächter, der Gegenstand darf aber hier noch nicht überlassen sein. § 21 gilt für den Fall, daß G Schuldner Vermiether oder Verpächter und der Gegenstand überlassen ist. Den Fall, daß G.Schuldner Vermiether oder Verpächter, der Gegenstand aber noch nicht überlassen ist, regelt die K.O. nicht besonders, es kommen §§ 17, 69 zur Anwendung.

3) **Das Mieth- und Pachtrecht des G.Schuldners gehört zur Masse** und zwar auch dann, wenn der Gebrauch des Mieth- oder Pachtgegenstandes nach dem Vertrage nicht an Andere als den G.Schuldner überlassen werden darf. Die §§ 549, 581 B.G.B., § 851 Abs. 1 C.P.O., § 1 K.O. stehen der Zugehörigkeit nicht entgegen; §§ 19, 20 enthalten vielmehr eine besondere Regelung des Einflusses des Konkurses auf Mieth- und Pachtverhältnisse, die die Zugehörigkeit des Mieth- und Pachtrechts zur K.Masse voraussetzt. Die Mot. S. 78, 79 sprechen ganz allgemein den Gedanken aus, daß der K.Verwalter den Mieth- und Pachtgegenstand den Zwecken des K. entsprechend brauchen und nutzen darf, und durch das neue Recht ist keine Aenderung beabsichtigt (vgl. Kommissionsbericht zur K.O.Nov. Nr. 100 der Drucksachen des Reichstages 1897/98 S. 2, 3, Hahn, Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen 1898 S. 285, 286). Uebereinstimmend Jäger, Einl. zu § 19, Sohm J.Z. 1899 S. 252, mit anderer Begründung Petersen-Kleinfeller I, 1; Wolff Anm. 4. Der K.Verwalter kann die vermietheten Geschäftslokalitäten benutzen, das verpachtete Grundstück bewirthschaften, er darf jedoch Mieth- und Pachtrecht nicht auf einen Dritten übertragen, sofern die Uebertragbarkeit nicht aus dem Vertrage zu folgern ist. Die in Folge der §§ 19—21 begründeten Rechte und Pflichten bleiben Rechte und Pflichten des Schuldners hinsichtlich der K.Masse, Vorbem. vor § 17. Ist in Folge dessen gemäß der Ausübung des Kündigungsrechts der G.Schuldner verpflichtet, eine Wohnung zu räumen, so kann der Mitkontrahent den Verwalter als den zur aktiven und passiven Vertretung des G.Schuldners hinsichtlich der K.Masse Verpflichteten im Prozeßwege zur Räumung anhalten. Ueber Zwangsmittel des Verwalters gegen den G.Schuldner vgl. Anm. zu § 117. Ueber Zulässigkeit vertragsmäßiger Vereinbarungen gegen §§ 19—21 vgl. Vorb. 4 vor § 17.

4) § 19 setzt voraus, daß G.Schuldner gemiethet oder gepachtet hat, d. i., daß er einen Mieth- oder Pachtvertrag geschlossen hat. Der bisherige § 17 sprach ausdrücklich von einem „Vertrage“. § 19 setzt dafür das Wort „**Mieth- oder Pachtverhältniß**“. Mit dieser Aenderung sollte lediglich die Fassung des § 19 dem Sprachgebrauch des B.G.B.

Digitized by Google

(vgl. § 571) angepaßt werden, eine Aenderung des Sinnes des bisherigen § 19 Nr. 1 war nicht beabsichtigt (Begründung d. K.O.Nov. S. 29). Ueber die Anwendung auf Pacht- oder Miethverhältnisse, welche auf testamentarischen Anordnungen beruhen, vgl. Obtr. 65, 411, Förster-Eccius § 117, 9, v. Völderndorff 1 S. 249, II. Ein Mieth- oder Pachtvertrag muß vorliegen. Ob dies der Fall ist, ist nach §§ 535, 585 B.G.B. zu beurtheilen. Es fällt also nicht der sog. Milchpachtvertrag unter § 19 O.Tr. 72, 187. Dieser Vertrag ist vielmehr als Kauf aufzufassen. Ueber Pachtverträge unter Verminderung der Substanz vgl. RG. 6, 4; 27, 279: 3. Dez. 1892, J.W. 1893 S. 70; § 581 B.G.B. in Verbindung mit § 99 a. a. O. Danach sind Verträge, die die Ausbeutung eines Steinbruchs, Thonlagers, Bergwerks, Torflagers, einer Kiesgrube zum Gegenstande haben, Pachtverträge.

5) **Gegenstand** des Vertrages: Es macht keinen Unterschied, ob der Vertrag ein Mieth- oder Pachtvertrag ist, ob er bewegliche oder unbewegliche Sachen oder, was gem. §§ 535, 581 B.G.B. nur bei der Pacht der Fall sein kann, unkörperliche Gegenstände, also vor allem Rechte, wie z. B. Fischereirecht, Jagdrecht, betrifft.

6) Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 19 ist, daß der Gegenstand des Vertrages dem G.Schuldner bereits **vor** der **K.Eröffnung** überlassen war.

Ueberlassen muß der Vertragsgegenstand sein, d. h. bei Sachen muß der G.Schuldner den Besitz — gleichgültig, ob den unmittelbaren oder mittelbaren (durch Untermiether, Verwahrer) — erlangt haben, Rechte müssen dem G.Schuldner bereits übertragen sein. Für den Vermiether schon die Bereitstellung der Wohnung mit der Ueberlassung gleich zu stellen (so Kohler 147), ist nach dem Gesetze nicht zulässig. Ob der Miethzins bereits gezahlt oder ob die Kontraktsbeginnzeit schon eingetreten ist, macht keinen Unterschied. Durch eine Besitznahme gegen den Willen des Vermiethers oder Verpächters ist keine Ueberlassung bewirkt, also dann nicht § 19, sondern § 20 anwendbar. Ob bei Gestattung der Besitznahme vor dem Beginne der Kontraktszeit eine Ueberlassung erfolgt war, ist eine Thatfrage, die zu bejahen ist, wenn nach den Umständen der Besitz als Recht eingeräumt ist; ob gegen oder ohne Entgelt (Stieglitz zu I.), dürfte nur eines der zu berücksichtigenden Momente sein; die Vermuthung spricht dafür, daß ein Miether, der einige Wochen vor der Kontraktszeit mit Genehmigung des Vermiethers einzieht, auch den vollberechtigten durch Uebergabe begründeten Miethbesitz in allen Beziehungen haben soll. Ist der Gegenstand *theilweise* überlassen, so wird man nicht immer (mit Völderndorff) den § 19 ablehnen können, sondern ihn anwenden müssen, sofern das Wesentliche übergeben ist, wenn dann auch in Betreff einzelner Nebenstücke die Uebergabe noch nicht erfolgt war. War der Uebergabeakt auch in Betreff des Wesentlichen erst begonnen und noch nicht vollendet, so ist noch keine Uebergabe erfolgt. Jedenfalls kann nicht theilweise § 19, theilweise § 20 anwendbar sein. Das von den Kontrahenten als einheitliches gewollte Rechtsverhältniß ist auch hinsichtlich der Einwirkung des Konkurses als einheitliches zu behandeln. Stieglitz Anm. I. Daß die Ueberlassung zur Zeit der K.Eröffnung *noch vorhanden ist*, gehört nicht zu den Voraussetzungen des § 19, wie der klare Wortlaut der Bestimmung — „war", nicht „ist" überlassen — deutlich besagt (übereinstimmend Jäger Anm. 4).

7) Dem für den Fall des § 21 berücksichtigten **Verkauf** ist hier **kein Einfluß** gestattet. Der Verkauf des Gegenstandes seitens des Verpächters oder Vermiethers hat gegen den K.Verwalter dieselbe Wirkung, wie er sie gegen den G.Schuldner gehabt haben würde, wenn die K.Eröffnung unterblieben wäre. Mot. 77. Der Vertrag und das bürgerliche Recht entscheiden darüber. B.G.B. §§ 541 ff., J.B.G. §§ 9, 21, 57, 59, 93, 183.

8) Nach der Ueberlassung soll die Fortsetzung des von beiden Theilen *auf längere Dauer berechneten* Vertragsverhältnisses nicht durch die K.Eröffnung unmittelbar gehemmt werden. Das Vertragsverhältniß soll aber mit Rücksicht auf die veränderten Umstände *vor der bedungenen Zeit* gekündigt werden können. Vgl. Mot. 74—76. Das **Kündigungsrecht** nach § 19 steht sowohl dem Verwalter als auch dem andern Theile zu. Dem Verwalter ist das Kündigungsrecht gegeben, weil es dem Zwecke des K.Verfahrens (§§ 3, 117) zuwiderlaufen würde, wenn der Verwalter Pacht oder Miethe

Digitized by Google

bis zum Kontraktsende mit den Mitteln der Masse (§ 59 Nr. 2) durchführen müßte. Mot. 78. Dem andern Theil ist das Kündigungsrecht ebenfalls zugestanden, da bei der Pacht gerade die persönliche Tüchtigkeit des Pächters von der erheblichsten Bedeutung ist, bei der Miethe aber im Konkurse die Befürchtung besteht, daß der Verwalter die Sache anders benutzen wird als ein gewöhnlicher Miether, ferner Mißstände für den andern Theil durch Besichtigungen der in einer Wohnung befindlichen Gegenstände, Auktionen, Ausverkäufe während der Miethszeit nicht ausgeschlossen sind. Mot. S. 78, 79. Die Kündigung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, auf die §§ 130 ff. B.G.B. Anwendung finden. Die Kündigung darf im Interesse beider Theile (vgl. oben Anm. 6) nur innerhalb der gesetzlichen Kündigungsfristen nach § 565 Abs. 1 S. 1, Abs. 2, Abs. 4 B.G.B. (§§ 580, 581 a. a. O.) § 595 a. a. O. erfolgen: also bei Grundstücksmiethe nur für den Schluß eines Kalendervierteljahrs, spätestens am 3. Werktage des Vierteljahrs, bei Miethe und Pacht beweglicher Sachen spätestens am 3. Tage vor dem Tage, an dem das Miethverhältniß endigen soll, bei Pacht eines Grundstückes oder Rechtes zum Schluß des Pachtjahrs am ersten Werktage des letzten Halbjahrs.

Die früher neben den gesetzlichen Fristen genannten ortsüblichen Fristen sind durch das B.G.B. hinfällig geworden. — Für das bisherige Preuß. Recht: vgl. A.L.R. I 21 §§ 342 ff.; Ges. v. 30. Juni 1834; Obtr. 34, 171, 176; Striethorst 72, 8; für den Bezirk des Appell.Ger. zu Frankfurt a. M. preuß. Ausf.Ges. v. 6. März 1879 § 1. — Ueber die sonstige bisherige Regelung in deutschen Bundesstaaten s. v. Wilmowski, Ausführungs- und Uebergangsges. z. K.O. im Register über Miethverträge, Pachtverträge.

Falls die bedungene Kündigungsfrist kürzer ist als die gesetzliche Frist in der oben erörterten Bedeutung, so ist in der bedungenen Frist zu kündigen. Bedungene Frist ist nicht nur die im Vertrage ausdrücklich verabredete Frist, sondern auch die gem. § 565 Abs. 1 S. 2, 3 als dem vermutheten Parteiwillen entsprechend statuirte. Die gesetzlichen und vertraglichen Fristen sind unter Beachtung der in den §§ 185 ff. B.G.B. gegebenen Regeln zu berechnen. Für das bisherige Recht war streitig, ob dann, wenn eine gesetzliche oder ortsübliche Kündigungsfrist nicht bestand, sofortige Räumung verlangt werden konnte oder ob die vertragliche Frist eingehalten werden mußte. Nach richtiger Ansicht konnte sofortige Räumung verlangt werden. Denn nach § 17 Nr. 1 a. F. sollte die kontraktliche Kündigungsfrist (oder Zeit) nur dann maßgebend sein, wenn sie kürzer (oder näher) war als die gesetzliche. Uebereinstimmend Stieglitz S. 101; v. Völderndorff 1 S. 257; Endemann S. 173; Sarwey-Bossert Anm. 5; a. M. Petersen-Kleinfeller 3. Aufl. z. § 17 II. 2. Das Gesetz beschränkt das Kündigungsrecht nicht darauf, daß es nur das erste zulässige Mal ausgeübt werden dürfe. Es kann also, wenn dann nicht ausgeübt, auch in späteren zulässigen Zeiten ausgeübt werden, wie die Mot. 79, 80 noch besonders hervorheben. Das Verhältniß wird durch die K.Eröffnung ein dauernd kündbares. Ohne künstliche Auslegung läßt sich dieser (in der Regel zum größten Vortheil der K.Masse dienende) Umfang des § 19 nicht wohl bestreiten. Eccius 1 § 117 Anm. 9.

9) Die **Folgen der Ausübung des** in § 19 bestimmten **Kündigungsrechts** sind verschieden, je nachdem vom Verwalter oder von dem anderen Theil gekündigt wird.

Kündigt der Verwalter, so bleiben dem Verpächter oder Vermiether alle seine Ansprüche auf Entschädigung vorbehalten, nicht bloß die im Kontrakte vorgesehenen (Mot. 78), sondern alle nach bürgerlichem Recht begründeten (Prot. 19). Die Kündigung hebt nicht den Vertrag auf, sondern beseitigt nur die sonstige Dauer. In der Zeit bis zum Ablaufe der Kündigungsfrist oder bis zum Kontraktsende hat der Verwalter an Stelle des G.Schuldners dessen Nutzungsrecht für die Masse, vgl. § 59 Nr. 2. Der Verwalter kann von der Befugniß zur Kündigung indeß nur mit der Wirkung Gebrauch machen, daß er für die Masse die Folgen zu tragen hat, daß er also nicht zugleich die ursprünglich auf Erfüllung gerichtete, durch seine Kündigung in einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse („wegen Nichterfüllung" § 26) umgewandelte Forderung des andern Theils beseitigen kann. Dies ist durch Satz 3 des § 19, der durch die K.Nov. v. 18. Mai 1898 neu eingefügt ist, ausdrücklich zur Vermeidung der Zweifel, zu denen die bisherige Fassung der Bestimmung

Digitized by Google

Anlaß gab, ausgesprochen. Zu § 17 a. F. wurde nämlich von verschiedenen Seiten (vgl. Fitting § 6 Anm. 30, Oetker in Busch, 40) geltend gemacht, daß der K.Verwalter nicht zu entschädigen brauche, weil er eine gesetzliche Befugniß ausübe. Die herrschende Meinung nahm aber bereits bei Auslegung des § 17 mit Rücksicht auf § 21 a. F. (§ 26 n. F.), die ratio legis und die Mot. 78 an, daß der K.Verwalter zu entschädigen habe. Vgl. hierzu RG. 7, 20 (für franz. Rechtsgebiet); 11, 357; 18, 269; 8. Febr. 1884, Raff.-K. 28, 1175; 5. März 1885, J.M.Bl. 150; 22. u. 26. Sept. 1892, J.W. 463, 479 (für das Gebiet des A.L.R. unter Anwendung der §§ 285 ff I. 5.) Das Recht des Verwalters beseitigt nur die direkte Erfüllung für die Masse, nicht den Anspruch auf das Erfüllungsinteresse. Dieser kann nur als K.Forderung geltend gemacht werden und ist nicht ein Anspruch auf eine fernere Vertragserfüllung, wie § 59 Nr. 2 voraussetzt, sondern ein Anspruch für die vorzeitige Aufhebung, also für theilweise Nichterfüllung. RG. 5. März 1884, J.M.Bl. S. 151, Anm. 3, 9, 10 zu § 26. Dieser Anspruch nimmt am Absonderungsrechte des § 49 Z. 2 nicht Theil, wie dort durch die K.Nov. v. 18. Mai 1898 für Miethe und Pacht ausdrücklich hervorgehoben ist. Für das bisherige R. vgl. § 41 Nr. 2 a. F.; RG. 7, 20; RG. 5. März 1884 a. a. O.; 22. Sept. 1892, J.W. 479; Ges. v. 9. Mai 1894. — Der für die Zeit bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zu zahlende Mieth- oder Pachtzins gehört dagegen nach § 59 Nr. 2 zu den Masseschulden. Ueber die Verpflichtung des Verwalters zur Rückgewähr und den Umfang dessen, was der Verpächter oder Vermiether als Masseschuld fordern kann, vgl. des Näheren Anm. zu § 59.

Kündigt der Verpächter oder Vermiether, so hat er keinen Entschädigungsanspruch; er macht von seinem Rechte Gebrauch, die spätere Nutzung zu versagen, gegen deren Gewährung allein er weitere Vergütung beanspruchen könnte. Mandry-Geib § 43 Anm. 13. Ueber die Grundsätze der Auseinandersetzung in dem Falle, daß ein Pachtvertrag in Folge eines dem Verpächter für den Konkursfall vorbehaltenen Kündigungsrechts im Laufe eines Wirthschaftsjahres endigt, vgl. §§ 101, 592 B.G.B., für das bisherige Recht RG. Plen. 18, 314. — Der Verwalter, dem als dem Vertreter des G.Schuldners gekündigt wird, hat ebenfalls keinen Entschädigungsanspruch; denn der G.Schuldner selbst hat durch seinen, das Kündigungsrecht begründenden, K.Zustand die gesetzliche Ausnahme vom Kontraktsrechte herbeigeführt. — Ueber die Wirkung der K.Beendigung vgl. Vorb. 3 vor § 17.

10) Uebergangsrecht. Ein vor dem 1. Januar 1900 eröffnetes K.Verfahren ist nach den bisherigen Gesetzen zu erledigen, Art. V E.G. z. K.O.N. vom 17. Mai 1898. Nach Art. VI E.G. z. K.Nov. bleiben für ein Rechtsverhältniß die Vorschriften des bisherigen K.Rechts, auch wenn das K.Verfahren erst nach dem 1. Januar 1900 eröffnet ist, maßgebend, soweit für das Rechtsverhältniß die Vorschriften des bisherigen Rechts Anwendung finden. Wird ein Mieth- oder Pachtverhältniß, das am 1. Januar 1900 bereits bestand, nicht für den ersten Termin gekündigt, für den es nach den bisherigen Gesetzen zulässig war, so finden von diesem Termin an die Bestimmungen des B.G.B. Anwendung, bis zu diesem Termin aber die Bestimmungen des alten Rechts (E.G. z. B.G.B. § 171). Soweit danach für ein Mieth- oder Pachtverhältniß das bisherige Recht zur Anwendung kommt, ergeben sich, abgesehen davon, daß die Kündigungsfristen sich nach § 17 Nr. 1 a. F. bestimmen, gegenüber dem neuen Recht folgende Unterschiede: 1. Der Entschädigungsanspruch, den der Verpächter oder Vermiether aus der Aufkündigung des Vertrages seitens des K.Verwalters hat, untersteht dem Landesrecht. 2. In Ansehung des Absonderungsrechtes: Nach altem Recht hat der Verpächter auch für seine Entschädigungsforderung ein Absonderungsrecht, für den Vermiether ist dies Absonderungsrecht bereits durch K.Nov. v. 9. Mai 1894 beseitigt (vgl. Anm. 9).

§ 20 (18).

War dem Gemeinschuldner ein von ihm gemietheter oder gepachteter Gegenstand zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens noch nicht überlassen, so kann der andere Theil von dem Vertrage zurücktreten.

Digitized by Google

Auf Erfordern des Verwalters muß der andere Theil demselben ohne Verzug erklären, ob er von dem Vertrage zurücktreten will. Unterläßt er dies, so kommen die Bestimmungen des § 17 zur Anwendung.

E. I. 28. P. 18. K.O.N.

1. § 18 a. F.
2. Voraussetzungen und Bedeutung des § 20.
3. Ausübung des Rücktrittsrechts — Folgen.
4. Wahlrecht des K.Verwalters aus § 17.

1) Der § 20 ist an Stelle des bisherigen **§ 18 a. F.** getreten:

„Wenn der G.Schuldner gepachtet oder gemiethet hatte und die Uebergabe der Sache zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens noch nicht erfolgt ist, so kann der andere Theil von dem Vertrage abgehen, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre.

Auf Erfordern des Verwalters muß der andere Theil demselben ohne Verzug erklären, ob er von dem Vertrage zurücktreten will. Unterläßt er dies, so kommen die Bestimmungen des § 15 zur Anwendung."

Mit der Neufassung ist eine sachliche Aenderung des § 18 a. F. nicht beabsichtigt, er sollte lediglich dem Sprachgebrauch des B.G.B. angepaßt werden (vgl. Anm. 1 zu § 19).

2) Der G.Schuldner muß *gemiethet* oder *gepachtet* haben (vgl. Anm. 4 zu § 19) und ihm der Gegenstand (Anm. 5 zu § 19) noch *nicht überlassen* sein (Anm. 6 zu § 19). Unter diesen **Voraussetzungen** tritt die Regel des § 17 mit der Modifikation ein, daß dem Vermiether oder Verpächter das Recht gegeben ist, den Rücktritt von dem Vertrage zu erklären. Die wesentliche Bedeutung der Person des Pächters und Miethers, die im § 19 dahin geführt hat, dem Vermiether und Verpächter das Kündigungsrecht zu gewähren, führt für den Fall, daß die Ueberlassung noch nicht stattgefunden hat, dahin, dem Kontrahenten ein Rücktrittsrecht zuzubilligen (Mot. 82).

3) Das **Rücktrittsrecht** wird vom Vermiether oder Verpächter durch Erklärung gegenüber dem K.Verwalter als dem Vertreter des G.Schuldners **ausgeübt** (§ 349 B.G.B.). Die **Folgen** der Ausübung bestimmen sich nach §§ 346 ff. B.G.B. Danach kann, wenn bereits ein unwesentlicher Theil des Vertragsgegenstandes überlassen war (vgl. Anm. 6 zu § 19), der Vermiether oder Verpächter Anspruch auf Vergütung für Gebrauchsüberlassung, wegen Verschlechterung, Untergang vom Verpächter geltend gemacht werden. Der Vermiether kann also nur unter der eben genannten Voraussetzung eine Entschädigungsforderung haben (§ 3). Eine Entschädigungsforderung aus dem Rücktritt als solchem ist dem Vermiether oder Verpächter ebenso wenig gegeben wie dem K.Verwalter (Mot. 82). Den etwa vom G.Schuldner vorausbezahlten Pacht- und Miethzins muß — soweit nicht die Voraussetzungen des § 346 B.G.B. S. 2 vorliegen — der Verpächter oder Vermiether zur Masse zurückzahlen. Neben dieser Ausnahmebestimmung hat dann § 17 überhaupt keine Anwendung.

4) Der **Verwalter** Namens des G.Schuldners hat nach Abs. 2 zufolge seines **Wahlrechts aus § 17** das Recht der *Nichterfüllung*. Dasselbe ist jedoch nicht ein Recht des Rücktritts, wie das in Abs. 1 festgesetzte Recht des Vermiethers oder Verpächters, sondern mit der Verpflichtung zur Entschädigung des andern Theils (als K.Forderung nach § 26, vgl. Anm. 6 zu § 17) verbunden, wenn der andere Theil nicht abgehen will. Abw. Fitting § 6 zu III., 2. Anm. 21. Der Verwalter kann die Erklärung des andern Theils abwarten oder veranlassen, ob dieser vom Vertrage abgehen will. Er kann aber auch sofort erklären, daß er auf alle Fälle nicht erfüllen wolle. — Der Verwalter hat das Wahlrecht aus § 17 nicht blos dann, wenn der Mitkontrahent die Erklärung unterläßt, sondern auch, wenn derselbe erklärt, daß er nicht zurücktreten will, da für diesen im § 20 nicht erwähnten Fall keine Ausnahme von § 17 gemacht ist, der anwendbar bleibt, soweit § 20 nicht modifizirt. Hullmann Anm. 3; Jäger Anm. 7; Sarwey-Bossert Anm. 3. — Vorausgesetzt, daß der Mitkontrahent nicht abgehen will und dies zeitig erklärt, kann der Verwalter die *Erfüllung* wählen; er muß dann aber auch vollständig nach § 17 erfüllen, hat nicht die Kündigungsrechte aus § 19 und seine Verbindlichkeiten sind Massenschulden. — In Betreff der Form der Erklärungen des Verwalters und des anderen Theils, sowie der Bedeutung des Ausdrucks: „ohne Verzug" gilt das in Anm. 9 zu § 17 Gesagte.

Digitized by Google

§ 21 (17 Nr. 2).

Hatte der Gemeinschuldner einen von ihm vermietheten oder verpachteten Gegenstand dem Miether oder dem Pächter vor der Eröffnung des Verfahrens überlassen, so ist der Mieth- oder Pachtvertrag auch der Konkursmasse gegenüber wirksam.

Im Falle der Vermiethung oder der Verpachtung eines Grundstücks, sowie im Falle der Vermiethung von Wohnräumen oder anderen Räumen ist jedoch eine Verfügung, die der G.Schuldner vor der Eröffnung des Verfahrens über den auf die spätere Zeit entfallenden Mieth- oder Pachtzins getroffen hat, insbesondere die Einziehung des Mieth- oder Pachtzinses, der Konkursmasse gegenüber nur insoweit wirksam, als sich die Verfügung auf den Mieth- oder Pachtzins für das zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens laufende und das folgende Kalendervierteljahr bezieht. Soweit die Entrichtung des Mieth- oder Pachtzinses der Konkursmasse gegenüber wirksam ist, kann der Miether oder der Pächter gegen die Mieth- oder Pachtzinsforderung der Konkursmasse eine ihm gegen den G.Schuldner zustehende Forderung aufrechnen.

Eine von dem Konkursverwalter vorgenommene freiwillige Veräußerung des von dem G.Schuldner vermietheten oder verpachteten Grundstücks wirkt, sofern das Grundstück dem Miether oder dem Pächter vor der Eröffnung des Verfahrens überlassen war, auf das Mieth- oder Pachtverhältniß wie eine Zwangsversteigerung.

E. I. 22. P. 18. K.O.N.

1. Bisheriger § 17 Nr. 2.
2. Fall des § 21.
3. Wirksamkeit des Vertrages der K.Masse gegenüber.
4. Verfügungen des G.Schuldners über Mieth- und Pachtzins.
5. Aufrechnung des Miethers und Pächters gegenüber der Mieth- und Pachtzinsforderung.
6. Veräußerung eines zur K.Masse gehörigen Grundstücks.
7. Bedeutung des § 17 Nr. 2 für das bisherige Recht.
8. Uebergangsrecht.

1) § 21 ist an Stelle der **bisherigen Nr. 2 § 17** getreten, die lautete:

„Auf Pacht- und Miethverträge über Sachen übt, wenn deren Uebergabe schon erfolgt ist, die Eröffnung des Verfahrens folgende Wirkungen aus:

2. Hatte der G.Schuldner verpachtet oder vermiethet, so wirkt eine freiwillige Veräußerung der Sache durch den K.Verwalter auf die Zulässigkeit der Kündigung sowie auf die Dauer des Vertrages wie eine Zwangsversteigerung."

Abs. 1 u. Abs. 2 sind also neu; der Grundsatz des früheren § 17 Nr. 2 ist als Abs. 3 in den § 21 aufgenommen. Doch bezieht sich Abs. 3 nicht wie § 17 Nr. 2 auf alle Gegenstände, sondern bloß auf Grundstücke, bestimmt andererseits aber die Wirkungen der Zwangsversteigerung nicht bloß in Ansehung der Kündigung und der Dauer des Vertrages.

2) Für den **Fall**, daß der Vermiether oder Verpächter (Anm. 4 zu § 19) nach Ueberlassung (Anm. 2 und 6 zu § 19) des Vertragsgegenstandes (Anm. 5 zu § 19) in Konkurs verfällt, bestimmt § 21 die Wirkungen des Vertrages gegenüber der K.Masse, insbesondere in Ansehung einer vor K.Eröffnung getroffenen Verfügung des G.Schuldners über Mieth- und Pachtzins, der Befugniß des Miethers oder Pächters zur Aufrechnung, einer freihändigen Veräußerung des Mieth- und Pachtgegenstandes seitens des K.Verwalters.

3) Unter den zu 1 dargelegten Voraussetzungen bleibt der Mieth- oder Pachtvertrag auch **der K.Masse** — d. i. dem Verwalter als dem Vertreter des G.Schuldners hinsichtlich der K.Masse — **gegenüber** wirksam. Damit ist gesagt, daß der K.Verwalter alle sich aus dem Vertragsverhältniß für den G.Schuldner ergebenden Verpflichtungen zu erfüllen

Digitized by Google

hat. Durch diese Verpflichtungen werden Masseschulden gemäß § 59 Z. 2 begründet (R.G. 33, 50; Oetker Bgr. I S. 451). Dementsprechend hat der K.Verwalter auch den Mieth- und Pachtzins für die Gewährung des Gegenstandes zu beanspruchen — soweit nicht Abs. 2 eingreift. Für das bisherige Recht war der in Abs. 1 des § 21 ausgesprochene Grundsatz — obwohl in § 17 Nr. 2 nicht expressis verbis erklärt — auch schon anerkannt (Mot. 80, 81), Abs. 1 bedeutet demnach keine materielle Aenderung des bisherigen Rechtszustandes.

4) Hat der **G.Schuldner** vor der K.Eröffnung **über** den auf die spätere Zeit entfallenden **Mieth- oder Pachtzins verfügt**, so ist diese Verfügung nur nach Maßgabe des Abs. 2 dem K.Verwalter gegenüber wirksam. Unter *Verfügung* ist jedes Rechtsgeschäft zu verstehen, durch das die Mieth- oder Pachtzinsforderung *unmittelbar* geändert oder aufgehoben wird, insbesondere also: die in Abs. 2 hervorgehobene Einziehung, ferner Abtretung, Verpfändung, Aufrechnung, Erlaß, Stundung. Von dem Erlaß ist natürlich zu unterscheiden die Herabsetzung des Miethzinses für diejenige Zeit des Vertragsverhältnisses, die bei der Herabsetzung noch nicht für beide Theile *bindend* festgelegt war.

Unter dem bisherigen Recht war streitig, ob eine vor der K.Eröffnung getroffene Verfügung des G.Schuldners über den auf die spätere Zeit entfallenden Mieth- oder Pachtzins der K.Masse gegenüber wirksam sei. Die Frage wurde von der herrschenden Meinung verneint, weil nicht der G.Schuldner, sondern die K.Masse dem Miether oder Pächter den Gebrauch oder die Nutzung für die Zeit nach der K.Eröffnung gewähre (so auch 5. Aufl. Anm. 7 zu § 17). **RG. 6, 112, 33, 45** u. A., jedoch von Oetker S. 445 und in Busch **14**, 42 ff. bejaht. Es ist Oetker zuzustimmen, daß die herrschende Meinung in der bisherigen Gesetzgebung keinen Anhalt hatte (vgl. §§ 6, 22 a. F.). Die Streitfrage ist durch die K.O.Nov. vom 17. Mai 1898 in Analogie zu §§ 1123 S. 3, 1124 B.G.B. für *Grundstücks-* und *Raummiethe* in der Art erledigt, daß die Vorausverfügung des G.Schuldners über den Zins für die Zeit von dem zweiten auf die K.Eröffnung folgenden Kalendervierteljahr an unwirksam sein soll. Im Uebrigen, also namentlich bei Miethe und Pacht beweglicher Sachen und Pacht von Rechten kann der G.Schuldner — unbeschadet des Rechts des K.Verwalters auf Anfechtung gem. § 29 ff. — unbeschränkt wirksam verfügen (Begründung zur K.Nov. S. 31).

5) In ganz denselben Grenzen, in denen nach Anm. 4 eine Verfügung des G.-Schuldners zulässig ist, kann auch der Miether oder Pächter mit einer ihm gegen den G.-Schuldner zustehenden Forderung **aufrechnen** (analog § 1125 B.G.B.). Dieser Satz bedeutet eine Erweiterung der Aufrechnungsbefugniß zu Gunsten des Pächters oder Miethers gegenüber der Bestimmung des § 55 Z. 1 (Kommiss.B. z. K.O.Nov. S. 13; Hahn, Materialien S. 293, vgl. A. z. § 55 Z. 1.)

6) Um die **Veräußerung eines zur K.Masse gehörigen Grundstücks** nicht zu erschweren (Mot. 81), bewendet es nicht nur bei den gesetzlichen Bestimmungen, wonach eine Zwangsversteigerung des Grundstücks dem Ersteher die Rechte des § 57 Z.V.G., insbesondere das Recht giebt, unter Einhaltung der gesetzlichen Frist (§§ 565 Abs. 1 S. 1, 580, 595 B.G.B. vgl. Anm. 8 zu § 19) für den *ersten* zulässigen Termin zu kündigen (§ 57 Z.V.G.), sondern die Wirkungen einer Zwangsversteigerung sollen auch eintreten, wenn das Grundstück freiwillig vom Verwalter veräußert — d. i. zu Eigenthum übertragen — wird. Unterläßt in diesem Fall der Erwerber die Kündigung für den ersten zulässigen Termin, so ist er an den Vertrag für dessen ganze Dauer gebunden (§ 571 B.G.B., § 57 Z.V.G.). Nur der Erwerber, nicht der Miether oder Pächter hat das Recht vorzeitiger Kündigung. Der Miether oder Pächter kann den ihm infolge der vorzeitigen Kündigung erwachsenen Schaden gem. § 26 S. 2 liquidiren. Der *Erwerber* braucht eine *Vorausverfügung* des *G.Schuldners* über den Mieth- oder Pachtzins für die Zeit vom 2. auf die K.Eröffnung folgenden Kalendervierteljahr nicht gegen sich gelten lassen, da er gem. § 57 Z.V.G. § 571 B G.B. in die Vertragsrechte ganz in demselben Umfang eintritt, wie sie dem K.Verwalter zustanden. Hat der *K.Verwalter* über den Miethzins für eine spätere Zeit als für das zur Zeit der Veräußerung laufende und das folgende Kalendervierteljahr verfügt, so braucht der Erwerberdiese Verfügung nicht gegen sich gelten

Digitized by Google

zu lassen, auch wenn er sie beim Erwerb kannte, da § 57 Z.V.G. zwar § 573 S. 1 B.G.B., nicht aber S. 2 für anwendbar erklärt.

7) **Nach bisherigem Recht** ist die Vorschrift des § 17 Nr. 2 a. F. ohne Bedeutung für diejenigen Landesrechte, nach welchen keine Veräußerung, weder eine freiwillige noch eine Zwangsversteigerung, die Kündigung oder Beseitigung von Pacht- oder Miethverträgen zur Folge hat; ebenso nicht für solche Landesrechte, nach welchen jede (freiwillige oder Zwangs-) Veräußerung zur Beseitigung der Pacht- und Miethsrechte berechtigt. Letzteres gilt für das gemeine Recht und das bayerische Landrecht; „Kauf bricht Miethe"; Windscheid § 400 Anm. 7. Würde hier der Verwalter ein K.Grundstück ohne Sicherung der Miethsrechte veräußern und der Käufer kraft seines dinglichen Rechts den Miether vertreiben, welcher sein obligatorisches Recht aus dem Vertrage gegen den G.Schuldner behält, so kann der Miether Entschädigung von diesem fordern, jedoch im Konkurse mit Rücksicht auf §§ 26, 59 Z. 2 nur als K.Forderung, nicht als Masseschuld.

Von wesentlicher Bedeutung ist § 17 Nr. 2 a. F. für Landesrechte, nach welchen die freiwillige Veräußerung auf das Mieth- oder Pachtrecht keinen Einfluß hat, wohl aber die Zwangsversteigerung; so in Sachsen, B.G.B. § 1224; desgleichen für das Gebiet des preuß. Landr. vgl. A.L.R. I. 21 §§ 350—357. Obtr. **22**, 340; **39**, 155; **40**, 149; **77**, 31; Eccius 2, §§ 136 A., 137, 138, welcher nur ein Kündigungsrecht aller Gläubiger als Kaufbedingung nach § 45 Ges. v. 13. Juli 1883 gestattet; dagegen Obtr. in Strieth. **41**, 322; Entsch. **46**, 148; **81**, 176: Kündigungsrecht jedes Gläubigers; vgl. Pr. Ges. v. 13. Juli 1883 § 22 Abs. 3 und Jaeckel Anm. 6 hierzu. — Für das franz. Recht vgl. Code civ. art. 1743 ff.

8) **Uebergangsrecht.** Wann das bisherige, wann das neue Recht auf ein Mieth- oder Pachtverhältniß Anwendung findet, bestimmt sich nach dem Anm. 10 zu § 19 Gesagten. Gemäß Art. V, VI E.G. z. K.O.Nov. v. 17. Mai 1898 kann bei einem nach altem Recht durchzuführenden Verfahren Art. 172 E.G. z. B.G.B. keine Anwendung finden (vgl. Habicht, Einwirkung des B.G.B. 2. Aufl. S. 278; Jäger, Anm. 26 u. Petersen-Kleinfeller IV zu §§ 19—21).

§ 22. (19.)

Ein in dem Haushalte, Wirthschaftsbetriebe oder Erwerbsgeschäfte des G.Schuldners angetretenes Dienstverhältniß kann von jedem Theil gekündigt werden. Die Kündigungsfrist ist, falls nicht eine kürzere Frist bedungen war, die gesetzliche.

Kündigt der Verwalter, so ist der andere Theil berechtigt, Ersatz des ihm durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schadens zu verlangen.

E. I. 24. P. 19. 20. K.O.N.

1. § 19 a. F.
2. Verhältniß des § 22 zu §§ 17 u. 23.
3. Mitkontrahent des G.Schuldners als Dienstleistender.
4. Dienstverhältniß.
5. Haushalt, Wirthschaftsbetrieb, Erwerbsgeschäft.
6. Angetretenes Dienstverhältniß.
7. Fortsetzung des Dienstverhältnisses; Kündigung.
8. Kündigungsfristen.
9. Folgen der Kündigung.
10. Uebergangsrecht.

1) § 22 giebt im ersten Absatz den Inhalt des **bisherigen § 19** wieder. Doch ist S. 2 des § 19, welcher lautete: „Die Frist und Zeit für die Kündigung ist, falls eine kürzere Frist oder nähere Zeit nicht bedungen war, die gesetzliche oder in Ermangelung einer solchen von dem K.Gerichte auf Antrag des Kündigenden festzusetzen" nicht nur in der Fassung, sondern auch durch Streichung der ortsüblichen Frist und der Fristsetzung durch das K.Gericht sachlich geändert (vgl. Anm. 4 a. E. Begr. z. K.O.Nov. S. 31).

2) § 22 bestimmt eine **Ausnahme von** der Regel des **§ 17** für gewisse Dienstverhältnisse. Wenn die Voraussetzungen des § 22 nicht vorliegen, bewendet es bei der Regel des § 17 (vgl. Anm. 3 zu § 17), sofern nicht besondere Vorschriften des bürgerlichen Rechts nach § 25 dem § 17 vorgehen (vgl. unten Anm. 6).

Digitized by Google

Hat nach dem Dienstvertrag der Dienstverpflichtete eine Geschäftsbesorgung für den G.Schuldner übernommen, so kommt die **Ausnahmevorschrift des § 23 Abs. 2,** nicht aber § 22 zur Anwendung (vgl. Anm. zu § 23).

3) Zur Anwendbarkeit des § 22 ist ein Dienstverhältniß vorausgesetzt, in dem nicht der G.Schuldner, sondern der **Mitkontrahent der Dienstleistende** ist. Für Verträge über Dienstleistungen des G.Schuldners vgl. Vorb. 2 vor § 17 u. Anm. 4 zu § 1.

4) Da ein **Dienstverhältniß** (§§ 611 ff. B.G.B.) vorausgesetzt ist, erstreckt sich § 22 nicht auf Werkverträge (locatio conductio operis — §§ 631 ff. B.G.B.). Da ein Dienst**verhältniß** vorhanden sein muß, so gilt § 22 nicht für Verträge über einzelne Dienstleistungen (facere). Soweit diese im Konkurse zu berücksichtigen sind (Vorb. 2 vor § 17), finden §§ 17, 23 Abs. 2, § 25 Anwendung. Vorausgesetzt ist, „daß das Verhältniß die Erwerbsthätigkeit des Vergütungsberechtigten vollständig und hauptsächlich in Anspruch nimmt." Mot. 83. Wer kontraktlich in einzelnen Stunden des Tages als Bote, Aufwärter u. s. w. Dienste leistet, steht nicht im Dienstverhältnisse. Der § 22 setzt ein auf fortgesetzte Verrichtung gleichartiger Dienste gerichtetes Verhältniß voraus, „ohne Unterschied freilich, ob das Dienstverhältniß im Sinne des § 4 Nr. 4, Bund.-Ges. v. 21. Juni 1869, B.G.Bl. S. 242, als dauernd gilt oder nicht und ohne Unterschied, ob die Dienste lediglich in körperlicher Kraftanwendung bestehen oder in Leistungen, die eine besondere Sachkenntniß, Kunstfertigkeit oder wissenschaftliche Bildung erfordern". Mot. 83. Der kaufmännische oder der gewerbliche Lehrvertrag (§§ 76—82 H.G.B., §§ 126—132 Gew.O., Fass. v. 26. Juli 1897 R.G.Bl. S. 663) begründet kein Dienstverhältniß. Dieser Vertrag geht seinem wirthschaftlichen und rechtlichen Zweck nach in erster Linie nicht auf Ausnutzung, sondern auf Ausbildung einer Arbeitskraft. Dem steht nicht entgegen, daß der Lehrherr den Vertrag regelmäßig nur mit Rücksicht auf die Gegenleistung, die für ihn in den Diensten und Arbeiten des Lehrlings besteht, abschließen wird, was Jäger Anm. 7 zur Begründung seiner (mit Staub § 76 H.G.B. Anm. 1 u. 6, Düringer-Hachenburg § 76 H.G.B.) abweichenden Ansicht hervorhebt. Nicht das Interesse des Lehrherrn, sondern das des Lehrlings drückt dem Lehrvertrag seine besondere Signatur auf (ebenso Petersen-Kleinfeller Anm. 1, Mandry-Geib S. 480; vgl. auch § 1822 Nr. 6 u. 7, § 1827 B.G.B.). Der Lehrvertrag untersteht also nicht dem § 22, sondern dem § 17 nach Maßgabe des dort bei Anm. 5 und zu Vorb. 2 Abs. 1 zweite Hälfte Gesagten.

5) Von den durch § 22 betroffenen Dienstverhältnissen sind dagegen nicht absolut solche ausgeschlossen, die sich auf die Person des G.Schuldner beziehen und nach der allgemeinen theoretischen Unterscheidung in Vorbem. 2 vor § 17 an sich ausgeschlossen sein würden. Vielmehr sind auch die zur persönlichen Dienstleistung für den G.Schuldner einbegriffen, sofern sie für den **„Haushalt, Wirthschaftsbetrieb oder das Erwerbsgeschäft"** des G. Schuldners bestimmt sind. Nach den Mot. 64, 83 sollten allerdings die Dienste, „welche nur an den G.Schuldner und nicht an den K.Verwalter oder die Masse geleistet werden könnten" vom § 22 ausgeschlossen sein, und im E. § 19 war redigirt: „ein bei dem G. Schuldner angetretenes Dienstverhältniß". In der R.K. wurde jedoch ein Antrag (Webský) angenommen, dem § 19 zuzusetzen: „die vorstehende Bestimmung findet Anwendung, gleichviel, ob die Dienstleistung an die Person des G.Schuldners geknüpft ist oder nicht". Der Antragsteller erklärte, ohne Widerspruch, Leistungen an einen Angehörigen des G.Schuldners für mitbetroffen. Von der Redaktionskommission wurde dem Eingange des § 19 die jetzige Fassung gegeben: „Ein, in dem Haushalte, Wirthschaftsbetriebe oder Erwerbsgeschäfte des G.Schuldners angetretenes Dienstverhältniß." Durch diese mit der Vorrechtsbestimmung des § 61 Nr. 1 übereinstimmende Fassung, die als Gesetz allein maßgebend ist, sind weder den Mot. folgend alle für den G.Schuldner persönlichen Dienstleistungen ausgeschlossen, noch gemäß dem Antrage Webský sämmtlich eingeschlossen; dagegen sind alle im Haushalte, Wirthschaftsbetriebe oder Erwerbsgeschäfte des G.Schuldners zu erfüllenden Dienstverhältnisse, wenngleich sie für die Person des G.Schuldners oder seiner Angehörigen dienen und die Dienste nicht der Masse und dem Verwalter zu leisten sind, eingeschlossen. Prot. 17, 18, 149. Entscheidend ist hiernach nur, ob ein Dienst-

Digitized by Google

verhältniß im Haushalte, Wirthschaftsbetriebe oder Erwerbsgeschäfte des G.Schuldners diesem gegenüber verbindlich bestand. Haben die Dienste für die Masse keinen Werth, so behalten die Berechtigten auch ohne Dienstleistung ihre Rechte bis zum Ablaufe der Kündigungsfrist. Die von Sarwey-Bossert aus einer präsumtiven Voraussetzung einer Bezugnahme der Dienstleistung für das Vermögen (K.Masse) und aus den Mot. zu § 19 Entw. gefolgerte Ausschließung persönlicher Dienstleistung ist nicht zutreffend; für das Dienstverhältniß im Haushalte können nicht die Leistungen für den Haushaltungsvorstand und dessen Angehörige von denen für sein Vermögen gesondert werden, und § 19 Entw. und dessen Mot. sind nicht aufrecht erhalten. Fitting § 6 Anm. 31; Hullmann Anm. 3; Petersen-Kleinfeller Anm. 2; Völderndorff zu a; Stieglitz Anm. III., Meisner Anm. I, Jäger Anm. 3. A.M. Sarwey-Bossert Anm. 1 u. § 61 Anm. 9; Wengler Anm. 2; Fuchs § 20 Anm. 54; Kohler S. 149. — Ob die im § 22 bezeichneten Kategorien im einzelnen Falle vorliegen, ist im Uebrigen nach den konkreten Umständen zu beurtheilen. Unter einem Dienstverhältnisse *im* Haushalte ist offenbar ein solches *für* den Haushalt (vgl. Haushaltung und Wirthschaft im A.L.R. II, 5 § 177) zu verstehen, ohne Rücksicht, ob der Dienstleistende im Hause wohnt oder zur häuslichen Gemeinschaft gehört; aber auch ohne Ueberschreitung des sprachgebräuchlichen Begriffs des *Haushalts*, zu welchem z. B. der Hausarzt nicht gehört. Beispiele vgl. in Anm. zu § 61.

6) Das Dienstverhältniß muß z. Zt. der K.Eröffnung bereits **angetreten** sein (analog § 19 — vgl. Mot. 82). Angetreten ist das Dienstverhältniß erst, wenn die Dienstleistungen angefangen sind, wozu regelmäßig die Bereitstellung der Arbeitskraft genügt. Für ein noch nicht angetretenes Verhältniß ist eine besondere Vorschrift nicht gegeben; es bewendet daher hierfür bei der Regel des § 17 und hinsichtlich des Umfangs der Entschädigung bei den Vorschriften des § 26. Soweit indeß besondere Vorschriften des bürgerlichen Rechts bestehen, welche über die Wirkung des Konkurses anders bestimmen (vgl. Preuß. Gesinde Ordn. v. 8. Nov. 1810 §§ 107, 101—106 Art. 95 E.G. z. B.G.B.) kommen dieselben hinsichtlich eines noch *nicht* angetretenen Dienstverhältnisses zufolge des Vorbehaltes des § 25 statt des § 17 zur Anwendung, da ein solches von § 22 nicht betroffen ist. Hullmann Anm. 7; Stieglitz Anm. II; Sarway-Bossert Anm. 5; A.M. Wolff S. 120. Abweichende Vorschriften des bürgerlichen Rechts über ein *angetretenes* Dienstverhältniß, welches nicht unter § 22 fällt, vgl. Anm. 5, bleiben aus demselben Grunde in Kraft.

7) Eine sofortige Auflösung des Vertrages erfolgt von selbst nicht. Das Dienstverhältniß wird **fortgesetzt**, es **„kann nur früher gekündigt werden"**. Für die nach der K.Eröffnung ausgehaltene Dienstzeit wird der bedungene Lohn als Masseschuld nach § 59 Nr. 2 bezahlt. Der Verwalter kann mit Rücksicht auf diese Fortsetzung des Verhältnisses die fernere Dienstleistung verlangen. Welche Dienste und wie sie zu leisten sind, richtet sich nach dem Inhalte des Verhältnisses. Die Bemerkung in den Mot. 83: die Dienste würden „an den Verwalter geleistet", ist gemäß Anm. 5 nicht mehr unbedingt zutreffend.

8) Welche **Fristen** gesetzlich sind, bestimmt das bürgerliche Recht. Vgl. insbesondere §§ 621—625 B.G.B. (bürgerl. Dienstvertrag), §§ 66—69, 92 H.G.B. (Handlungsgehülfen u. Handlungsagenten), §§ 122, 133a, b, 134 Gew.O. Fass. v. 26. Juli 1897 R.G.Bl. S. 663 (Gewerbegehülfen, gewerbliche Betriebsbeamte, Werkmeister und Techniker), Art. 95 E.G. z. B.G.B., Preuß. GesindeO. v. 8. November 1810 §§ 112, 113, 148. Wegen der Frage, ob die Kündigung noch nach längerem Zeitverlust zulässig ist, s. Anm. 8 zu § 19.

9) Ueber die **Folgen der Kündigung** vgl. Anm. 9 zu § 19.

10) Für das **Uebergangsrecht** kommen Artt. V, VI E.G. z. K.O.Novelle vom 17. Mai 1898 u. Art. 171 E.G. z. B.G.B. in Betracht. Vgl. Anm. 10 zu § 19.

§ 23 (neu).

Ein von dem Gemeinschuldner ertheilter Auftrag erlischt durch die Eröffnung des Verfahrens, es sei denn, daß der Auftrag sich nicht auf das zur

Digitized by Google

Konkursmasse gehörige Vermögen bezieht. Erlischt der Auftrag, so finden die Vorschriften des § 672 Satz 2 und des § 674 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung.

Das Gleiche gilt, wenn sich Jemand durch einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag verpflichtet hat, ein ihm von dem Gemeinschuldner übertragenes Geschäft für diesen zu besorgen.

K. O. N.

1. Gesetzgeberischer Zweck.
2. Begriff der Geschäftsbesorgung — Anweisung.
3. Gemeinschuldner als Geschäftsherr und Geschäftsbesorger.
4. Geschäftsbesorgung, die sich auf das zur K.Masse gehörige Vermögen bezieht.
5. Wirkung der K.Eröffnung auf die Geschäftsbesorgung.
6. Entsprechende Anwendung der §§ 672 S. 2, 674 B.G.B.
7. Vollmacht.
8. Bisheriges Recht.

1) § 23 trifft Verträge, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben, sei nun die Geschäftsbesorgung unentgeltlich durch Auftrag (§ 662 B.G.B.) — Abs. 1 — oder entgeltlich durch einen Dienst- oder Werkvertrag (§ 675 a.a.O.) übernommen — Abs. 2. Die Bestimmung (vgl. Art. 2003 Code civ. — A. 8 b) bezweckt Zweifel zu beseitigen, die sich bei Fortdauer des vor K.Eröffnung geschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrages in Ansehung der nach der K.Eröffnung für den G.Schuldner vorgenommenen Geschäfte über die Anwendbarkeit der §§ 3, 6, 17 daraus ergeben könnten, daß das an die Stelle des Landesrechts getretene Reichsrecht über den Einfluß des Konkurses auf Geschäftsbesorgungen keine Vorschriften enthält, durch die das frühere Recht ersetzt werden könnte. (Vgl. Mot. z. E. I B.G.B. Bd. II S. 550 ff. und Protokolle z. E. II Bd. II S. 377 — Guttentag'sche Ausg.).

2) Der Begriff der **Geschäftsbesorgung** ist nicht gesetzlich festgelegt, die Begriffsbestimmung vielmehr ausdrücklich abgelehnt und die Entscheidung der Wissenschaft überlassen (Vgl. Prot. II S. 377). Die Mot. II S. 527 äußern dazu: „daß die Deutung nicht zuzulassen sei, als ob unter Geschäften nur Rechtshandlungen und Rechtsgeschäfte zu verstehen, eine bloß thatsächliche Dienstleistung aber nicht gemeint wäre". Die Prot. a. a. O. betonen wiederum, „daß nicht in jeder Thätigkeit eine Geschäftsbesorgung zu finden sei, in der Regel werde es sich um die Entfaltung einer solchen Thätigkeit handeln, die innerhalb des Rechtsbereiches des Geschäftsherrn vorzunehmen sei". Danach ist zweifellos, daß alle Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen, die an sich überhaupt eine Vertretung zulassen, Gegenstand einer Geschäftsbesorgung sein können; rein thatsächliche Dienste werden nur dann unter die Geschäftsbesorgung fallen können, wenn die Thätigkeit an Stelle des Geschäftsherrn im Bereich der nach den Verkehrsanschauungen eigentlich ihm zufallenden Thätigkeit erfolgt. Aehnlich Planck z. § 675 B.G.B: Gegenstand der Geschäftsbesorgung „ein Geschäft, an dessen Vornahme der Geschäftsherr thatsächlich oder rechtlich behindert ist". Beispiele: Dienstvertrag mit dem Anwalt auf Besorgung von Rechtsangelegenheiten, Agenturvertrag, Maklervertrag, Kommissionsvertrag, Vertrag mit Detektivinstitut, Auskunftsbureau. Die thatsächliche, bloß im Interesse des Geschäftsherrn („für" in diesem Sinne) erfolgende Dienstleistung fällt jedenfalls nicht unter den Begriff der Geschäftsbesorgung, denn sonst würde jeder Dienst- und Werkvertrag eine Geschäftsbesorgung enthalten, was der Auffassung des Gesetzes, das im § 675 B.G.B. für den Dienst- oder Werkvertrag einen andern Inhalt als Regel annimmt, widerspricht. An § 675 muß auch die von Jaeger A. 10 zu § 22 getheilte Ansicht Hellwigs, (Verträge auf Leistung an Dritte S. 517 A. 42) scheitern, daß die Geschäftsbesorgung jede Thätigkeit auf Herbeiführung eines bestimmten vermögensrechtlichen Erfolgs umfassen könne. Zu eng faßt Wolff A. 3 S. 116 die Geschäftsbesorgung auf, die er auf Rechtsgeschäfte oder Rechtshandlungen beschränken will, zu weit Dernburg, das bürgerl. R., Schuldverhältnisse Bd. 2 S. 364, der den gemeinrechtlichen Mandatsbegriff maßgebend sein läßt und demgemäß die Dienste des Lehrers, Geistlichen, Arztes, Künstlers als Geschäftsbesorgung ansieht. Aehnlich wie Dernburg Cosack, Bürgerl. Recht Bd. 1 S. 513, der auch den Vertrag mit einer Waschfrau hierher rechnet.

Digitized by Google

Die **Anweisung** ist durch B.G.B. als besonders von der Geschäftsbesorgung unabhängiges Rechtsinstitut geregelt und kann deshalb nicht unter den Begriff des Auftrags gebracht werden. § 23 greift hier nicht Platz. (Uebereinstimmend Jaeger A. 16 ff. mit eingehender Begründung und Erörterung der Konsequenzen, Petersen-Kleinfeller A. 2 a. E.).

3) § 23 setzt voraus, daß der **G.Schuldner Geschäftsherr** ist.

Ist der G.Schuldner **Geschäftsbesorger,** so kommen die allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts zur Anwendung. Der Konkurs berührt das Geschäftsbesorgungsverhältniß insoweit nicht, als die Verpflichtung zur Geschäftsbesorgung lediglich die persönliche Thätigkeit des G.Schuldners ergreift (vgl. Anm. 4 zu § 1, Vorb. 2 v. § 17). Soweit die Geschäftsbesorgung anders beschaffen (z. B. vertragsmäßig auch von den Angestellten des Kommissionsgeschäfts ausgeführt werden kann) und entgeltlich ist, findet § 17 Anwendung. Auf alle Fälle hat der Geschäftsherr des G.Schuldners das Recht der sofortigen Auflösung des Vertragsverhältnisses nach Maßgabe des § 671 B.G.B. (Widerrufsrecht bei der unentgeltlichen Geschäfsbesorgung) oder der §§ 626, 649 a.a.O. (Recht zur fristlosen Kündigung bei der entgeltlichen Geschäftsbesorgung).

4) Die Bestimmung des § 23 betrifft nur solche **Geschäftsbesorgungsverträge, die sich auf das zur Konkursmasse gehörige Vermögen beziehen,** d. h. die übertragenen Geschäfte müssen das dem Konkurs unterliegende Vermögen des G.Schuldners zum Gegenstande haben. Die Ansicht Jaegers (Anm. 2), wonach die Geschäftsbesorgung sich schon dann auf die K.Masse beziehen soll, wenn eine Ersatzpflicht des G.Schuldners für Aufwendungen in Frage kommen kann, ist nicht zutreffend, da ja alle Geschäftsbesorgungsverträge gem. §§ 669, 670, 675 B.G.B. eine derartige Ersatzpflicht begründen können. Ueberhaupt nicht auf Vermögen oder doch nicht auf das zur K.Masse gehörige Vermögen beziehen sich z. B. Verträge, die auf Nachforschung nach Familienverhältnissen gehen, Geschäfte, die vom G.Schuldner im Interesse des Vermögens seiner Frau übertragen sind (Petersen-Kleinfeller Anm. 1).

5) **Die Eröffnung des Verfahrens bewirkt das Erlöschen des Geschäftsbesorgungsvertrages,** auch des entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrages, so daß nicht bloß der im entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrage liegende Auftrag erlischt (Prot. z. B.G.B. Bd. III S. 377. Jaeger A. 6, Petersen-Kleinfeller A. 2; Abw. Denkschr. z. Entw. des H.G.B. S. 73, Staub H.G.B. § 92 A. 10). Hat der Vertrag, insbesondere der Dienstvertrag, noch andere von der Geschäftsbesorgung abtrennbare Dienstleistungen zum Gegenstande, so erlischt der Vertrag nur insoweit, als er sich auf die Geschäftsbesorgung bezieht. § 23 kommt nur zur Anwendung insoweit, als der Geschäftsbesorgungsvertrag zur Zeit der K.Eröffnung noch nicht erledigt ist; soweit die Geschäfte zur Zeit der K.Eröffnung besorgt sind, was auch durch den Selbsteintritt des Kommissionärs nach § 400 H.G.B. geschehen kann, bleiben sie unberührt. Wegen der Ansprüche, die der Geschäftsbesorger aus dem Erlöschen des Geschäftsbesorgungsvertrages hat, vgl. A. 4 zu § 27.

6) **Die Vorschriften des § 672 S. 2 u. des § 674 B.G.B.** finden auf die unentgeltliche Geschäftsbesorgung (Abs. 1 S. 2) und auf die entgeltliche (Abs. 2) Anwendung, wenn der Geschäftsbesorgungsvertrag in Folge der K.Eröffnung erlischt. Danach ergeben sich folgende Sätze: a. Der Geschäftsbesorger hat auch nach der K.Eröffnung, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, die Besorgnng des Geschäfts fortzusetzen bis der K.-Verwalter anderweit Fürsorge treffen kann; das Geschäftsbesorgungsverhältniß gilt insoweit als fortbestehend. b. Der Geschäftsbesorgungsvertrag gilt so lange als fortbestehend, bis der Geschäftsbesorger von der K.Eröffnung Kenntniß erlangt oder die K.Eröffnung kennen muß. — Wegen der Ansprüche des Geschäftsbesorgers vgl. § 27 u. Anm. 2—4 daselbst.

7) **Vollmacht.** Ist durch den Geschäftsbesorgungsvertrag Vollmacht ertheilt, so dauert diese so lange wie das Vertragsverhältniß. In den zu A. 6 erörterten beiden Fällen gilt mit dem Vertrag auch die Vollmacht als fortbestehend. Im Falle des § 674 B.G.B. kann sich jedoch nach § 169 B.G.B. ein Dritter, der bei der Vornahme dieses Rechtsgeschäftes das Erlöschen der Vollmacht kannte oder kennen mußte, nicht auf das Fortgelten der Vollmacht berufen. — Die Bestimmungen der §§ 170—173 a. a. O. über die Wirksam-

Digitized by Google

keit einer Vollmacht gegenüber einem Dritten, der das Erlöschen der Vollmacht nicht kannte oder kennen mußte, finden auch für den Fall des § 23 Anwendung. Rechtsgeschäfte des Bevollmächtigten können aber den K.Gläubigern gegenüber keine andere Wirkung haben als die des G.Schuldners, ihre Wirkung unterliegt also den Beschränkungen der §§ 6. 7 ff. Der Dritte hat insbesondere aus den von dem Bevollmächtigten nach der K.Eröffnung bewirkten Geschäften weder als Massegläubiger noch als K.Gläubiger der K.Masse gegenüber Ansprüche, es sei denn, daß der K.Verwalter das Geschäft genehmigt. In diesem Falle ist der Dritte Massegläubiger (§ 59 Z. 1).

8) **Bisheriges Recht.** a. Konkurs des Bevollmächtigten: Nach preuß. Recht sind die einem „Kaufmann", welcher in Konkurs geräth, gegebenen Aufträge und Agenturgeschäfte in Folge des Konkurses für widerrufen zu erachten. Der Verwalter muß dem Kommittenten Nachricht geben und bis er weitere Verfügung treffen kann, das Geschäft soweit besorgen, als zur Abwendung unvermeidlichen Schadens nöthig ist. A.L.R. I. 13 §§ 197, 198; R.O.H. 2, 436. Diese Vorschriften sind als Sondervorschriften aufrecht erhalten; § 198 als Ergänzung des § 197, RG. 27, 249; Eccius 2, § 141 zu VI Nr. 5. Nach dem Code civ. Art. 2003 erlischt das Mandat durch den Konkurs des Bevollmächtigten, ohne Rücksicht auf dessen Kaufmanns- oder sonstigen Stand. Nach gemeinem Rechte erlischt das Mandat durch den Konkurs des Bevollmächtigten bis zum Widerrufe nicht.

b. Konkurs des Machtgebers: Die von dem G.Schuldner als Machtgeber gegebenen Vollmachten erlöschen nach Code civ. Art. 2003 ebenfalls. Nach dem preuß. A.L.R. I 13 § 199 soll der Bevollmächtigte eines Machtgebers, welcher in Konkurs fällt „das Geschäft, soweit es ohne offenbaren Nachtheil der Masse möglich ist, so lange in Anstand lassen, bis er von den Kuratoren weitere Anweisung erhält". Das Mandat erlischt also nicht durch den Konkurs, soweit der Bevollmächtigte zur Vermeidung offenbaren Nachtheils handelt und hat insoweit der Verwalter dessen Handlungen als für ihn selbst erfolgt gelten zu lassen. Vgl. Eccius 2, § 141 zu VI Nr. 5; Strieth. 75, 300; vgl. Endemann S. 184 ff; Dernburg 2, §§ 119 Nr. 2, 183; Hahn in Kass.-K. 31, 357. — Nach gemeinem Recht erlöschen Aufträge und Vollmachten durch den Konkurs des Machtgebers; indeß gereicht dies dem mit dem Erlöschen der Vollmachten unbekannten Dritten nicht zum Nachtheile. Windscheid § 74 Note 2a und 2d; RG. 29. März 1895, JW. 245. Mot. 86. —

§ 24 (neu).

Ist zur Sicherung eines Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstücke des Gemeinschuldners oder an einem für den Gemeinschuldner eingetragenen Rechte oder zur Sicherung eines Anspruchs auf Aenderung des Inhalts oder des Ranges eines solchen Rechts eine Vormerkung im Grundbuch eingetragen, so kann der Gläubiger von dem Konkursverwalter die Befriedigung seines Anspruchs verlangen. Das Gleiche gilt, wenn in Ansehung eines Schiffspfandrechts eine Vormerkung im Schiffsregister eingetragen ist.

K.O.N.

1. Anspruch auf Erfüllung.
2. Zeitpunkt der Eintragung.
3. Befriedigung des vorgemerkten Anspruchs.
4. Vormerkung im Schiffsregister.

1) Die Bestimmung des § 24 ist im Wesentlichen eine Ausnahme von § 17; sie entspricht dem Wesen der Vormerkung und den Vorschriften des § 883 Abs. 2, 3 und des § 888 Abs. 1 B.G.B. (Begründung S. 32). Nach § 883 Abs. 2 ist die Verfügung, die nach der Eintragung der Vormerkung über das Grundstück oder das das Grundstück belastende Recht getroffen wird, insoweit unwirksam, als sie den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch beeinträchtigen würde. Das gilt auch, wenn die Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt. Abs. 3 a. a. O. bestimmt den Rang des vorgemerkten Rechts nach der Eintragung. Gem. § 888

Digitized by Google

Abs. 1 kann derjenige, zu dessen Gunsten die Vormerkung besteht, insoweit als ihm gegenüber der Erwerb eines eingetragenen Rechtes oder eines Rechtes an einem solchen Rechte unwirksam ist, von dem Erwerber die Zustimmung zu der Eintragung oder der Löschung verlangen, die zur Verwirklichung des vorgenannten Anspruchs erforderlich ist. Diese Vorschriften gelten auch im Falle des Konkurses, mag der Verwalter der Vormerkung entgegen verfügt haben (§ 883 Abs. 2) oder der von ihm vertretene G.Schuldner der Vormerkung entgegen ein Recht erworben haben, § 888. Die zu einer Eintragung erforderliche Zustimmung hat der Verwalter als Vertreter des G.Schuldners zu erklären. Die Bedeutung des § 24 liegt auf einem anderen Gebiete. Er entzieht den gegen den G.Schuldner bestehenden Anspruch, für den die Vormerkung eingetragen ist, der Einwirkung des Konkurses und giebt dem Gläubiger ein von den Vorschriften des § 17 unabhängiges **Recht auf Erfüllung** des beiderseits noch nicht erfüllten Vertrags und darüber hinaus das Recht auf Erfüllung eines von dem Gläubiger bereits erfüllten Vertrages und das Recht auf Erfüllung einer nicht auf Vertrag beruhenden Forderung (z. B. eines Vermächtnisses). Dagegen ist nach der Stellung der Vorschrift in dem Titel „Erfüllung der Rechtsgeschäfte" nicht anzunehmen, daß der Gläubiger, wenn ein Rechtserwerb des Gemeinschuldners wegen der entgegenstehenden Vormerkung unwirksam ist, von dem Verwalter mehr als die nach B.G.B. § 888 zu ertheilende Zustimmung zu fordern hat, die nur dann gegeben werden braucht, wenn der Anspruch gegen den Rechtsvorgänger des G.Schuldners begründet ist. Vgl. Planck Anm. I 1 zu B.G.B. § 888.

2) Die **Eintragung** der Vormerkung muß **vor der Zeit der K.Eröffnung** erfolgt sein. Soweit sie auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragen ist (§ 885 B.G.B.), ergiebt sich diesaus § 14 Abs. 2, da hier eine solche Eintragung von der Zeit der K.Eröffnung an untersagt ist. Ist die Vormerkung auf Grund einer Eintragungsbewilligung eingetragen (§ 885 a. a. O.), so ist zu beachten, daß sie kein Recht an dem Grundstücke oder dem Rechte, bei dem sie eingetragen ist, begründet, sondern nur bestimmt ist, den Erwerb eines Rechtes in ähnlicher Weise wie durch ein Veräußerungsverbot zu sichern, wenn sie auch stärker wirkt als das Veräußerungsverbot (§ 13). Deshalb finden die Vorschriften der §§ 878, 892, 893 B.G.B., die zum Schutze der nach der K.Eröffnung eingetragenen Rechte an dem Grundstücke oder an einem solchen Rechte im § 15 vorbehalten sind, auf die Vormerkung keine Anwendung. Der Umstand, daß die Vormerkung eingetragen ist, entscheidet also nicht allein. Vgl. Neumann, Komm. z. B.G.B. Anm. II, IVb zu § 883, Anm. III. 1. zu § 885. A. M. Jaeger Anm. 1. 3.

3) Der K.Verwalter hat die **Befriedigung** des **vorgemerkten** gegen den G.Schuldner bestehenden **Anspruchs** herbeizuführen, insbesondere die zur Eintragung nothwendigen Erklärungen formgerecht abzugeben, wie Auflassungserklärungen, Umschreibungsbewilligungen, Löschungsbewilligungen, auch die zur Umschreibung etwa sonst nothwendigen Urkunden beizubringen. Die Befriedigung hält sich in den Grenzen des bestehenden Schuldverhältnisses. Dem Verwalter als Vertreter des G.Schuldners stehen alle aus dem Schuldverhältniß fließenden Einwendungen zu, insbesondere aus dem Rechte auf eine dem Gläubiger obliegende Gegenleistung. Es fragt sich, wie sich die Erfüllung zu gestalten hat, wenn die Gewährung des gesicherten Rechtes nicht den einzigen Gegenstand des Anspruchs des Gläubigers bildet und der Gläubiger eine ungetrennte oder gar untrennbare Gegenleistung schuldet. Obgleich der Anspruch des Gläubigers, soweit er durch die Vormerkung nicht gesichert ist, der Einwirkung des Konkurses unterliegt, wird er doch die völlige Erfüllung des gesicherten Anspruches nicht ohne Gewährung der vollen Gegenleistung verlangen können, da eine den Gläubiger von der Gegenleistung ganz oder theilweise befreiende Unmöglichkeit der Leistung nicht vorliegt. Aber in Bezug auf den ganzen Vertrag findet § 17 Anwendung. Die Erfüllung muß auch dann geleistet werden, wenn der G.Schuldner, gegen den der Anspruch besteht, über dessen Gegenstand der Vormerkung entgegen verfügt hat. Denn, da das zu gewährende Recht nur durch die Einigung zwischen den Betheiligten begründet oder übertragen werden kann, der dritte Erwerber aber, dessen Erwerb unwirksam ist, nur der Eintragung zuzustimmen verpflichtet ist, so kann der Gläubiger Befriedigung des ge-

Digitized by Google

sicherten Anspruchs nur dadurch erlangen, daß der Verwalter als Vertreter des G.Schuldners Alles thut, was er, abgesehen von der unwirksamen Verfügung zum Zwecke der Begründung oder Uebertragung des Rechts thun müßte. Hierdurch, zusammen mit der Zustimmung des Dritten zur Eintragung, kann der Gläubiger allein zu seinem Rechte kommen. Die Vorschrift der Grundbuchordnung § 40, daß eine Eintragung nur erfolgen soll, wenn derjenige, dessen Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist, findet dabei nur dahin Anwendung, daß der zustimmende Dritte als Berechtigter eingetragen sein muß.

4) Die gleiche Regelung wie für die Vormerkung des Grundbuchs ist durch § 24 auch für **die in Ansehung eines Schiffspfandrechts** in das Schiffsregister **eingetragene Vormerkung** getroffen (vgl. § 1259 B.G.B., § 100 Abs. 1, § 123 F.G.Ges. § 18 G.O. Begründung z. K.O.Nov. S. 32)

§ 25 (20).

Soweit rücksichtlich einzelner, durch die §§ 18—24 nicht betroffener Rechtsverhältnisse das bürgerliche Recht besondere Bestimmungen über die Wirkung der Eröffnung des Konkursverfahrens enthält, kommen diese zur Anwendung.

E. I. 25. P. 20. K.O.N.

1. Bürgerl. Recht — Landesgesetze.
2. Gesetzgeberischer Zweck und Umfang des § 25.
3. Verhältniß der Sondervorschriften des bürgerlichen Rechtes zu §§ 18—24 und § 17
4. Sondervorschriften des bürgerlichen Rechtes.

1) § 25 entspricht inhaltlich durchaus dem bisherigen § 20.

An Stelle der Worte des § 20 „die Reichs- und Landesgesetze" setzt die neue Fassung „das **bürgerliche Recht**". „Durch diese Aenderung soll in Verbindung mit Art. 55 E.G. z. B.G.B. klargestellt werden, daß nach dem Inkrafttreten des B.G.B. die besondern **landesgesetzlichen** Bestimmungen neben dem Reichsrechte nur noch insoweit Geltung behalten, als sie einem der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Gebiet des bürgerlichen Rechtes angehören" (Begründg. zur K.O.N. S. 32). —

Soweit nach den Uebergangsvorschriften Abschn. 4 E.G. z. B.G.B. (insbes. Art. 170) und Art. V, VI E.G. z. K.O.Nov. 17. Mai 898 das alte Recht Anwendung findet, kommen natürlich auch die besonderen Bestimmungen der **Landesrechte** aus den ihm durch Art. 55 E.G. z. B.G.B. entzogenen Gebieten zur Geltung.

2) **Gesetzgeberischer Zweck** des § 25. Der § 25 betrifft nicht blos zweiseitige Verträge, die E. I. § 25 und E. § 20 allein betreffen sollte. Die R.K. von 1878 konstatirte bei Fassung der — durch die K.O.Nov. lediglich nach Maßgabe des zu Anm. 1 Gesagten geänderten — Bestimmung des § 25 „als die übereinstimmende Auffassung der Kommission und der Regierungsvertreter, diese Fassung werde gewählt, um die reichs- und namentlich die landesgesetzlichen Sondervorschriften Angesichts des § 4 des E.G. auch in Bezug auf Rechtsverhältnisse zu wahren, welche an sich unter die allgemeine Vorschrift des § 15 (§ 17 n. F.) nicht fallen würden, also auch in Bezug auf andere, als zweiseitige Verträge und andere als eigentliche Vertragsverhältnisse. Dagegen verbleibe es dabei:

1. daß nur solche Vorschriften gewahrt werden sollen, welche *nicht* die *Wirkung* der K.*Eröffnung* auf Rechtsverhältnisse *im Allgemeinen* festsetzen oder als Ausfluß solcher allgemeinen Bestimmung diese auf einzelne Rechtsgeschäfte lediglich anwenden, *sondern* welche mit Rücksicht auf die besondere Natur *einzelner* Rechtsverhältnisse lediglich *für diese* unabhängig von jenen allgemeinen Bestimmungen getroffen sind;
2. daß diese Vorschriften nur insoweit gewahrt werden sollen, als sie die Frage der *Erfüllung* des Vertrages oder der *Beendigung* des Verhältnisses, nicht insoweit sie eine *Rückforderung* des bereits Geleisteten aus der K.Masse betreffen. In letzterer Beziehung kommen vielmehr die Vorschriften des § 21 (§ 26 n. F.) oder der §§ 35—38 (§§ 43—46 n. F.) zur ausschließlichen Anwendung"

Digitized by Google

Prot. 19, 153—161, 202. Diese Konstatirung muß auch als dem Gesetzesausdrucke entsprechend anerkannt werden. Daß § 25 alle Rechtsverhältnisse mit alleiniger Ausnahme der in den §§ 18 bis 24 geordneten betrifft, erhellt aus der Fassung selbst. Die §§ 43—46 sind sedes materiae für die Aussonderung des Eigenthums; der § 26 ist sedes materiae für die Frage der Rückforderung, soweit der Zurückfordernde nicht sein Eigenthum vindiziren kann. Demgemäß betrifft § 25, der Ueberschrift des Tit. 2 entsprechend, nur die Erfüllung oder Beendigung der „Rechtsverhältnisse", abgesehen von der Eigenthums- und Rückforderungsfrage. Als „besondere" Bestimmungen bürgerlichen Rechts bleiben nur solche erhalten, „welche a. nicht als Bestandtheile des bürgerlichen Rechts die Wirkung der Nichterfüllung im Allgemeinen regeln, sondern lediglich den Fall des Konkurses betreffen (Sondervorschriften für den Konkurs) und" zugleich außerdem „b. die Wirkung der K.Eröffnung auf bestimmte einzelne Rechtsverhältnisse nicht in Anwendung einer allgemeinen Regel über die Wirkung der K.Eröffnung, sondern in Anbetracht der besonderen Natur des speziellen Rechtsverhältnisses eben für dieses regeln (Sondervorschriften für bestimmte Rechtsverhältnisse)"; also nur **Sondervorschriften für den Konkursfall bei bestimmten Rechtsverhältnissen,** die eine **Schuldverfüllung oder Beendigung** bestimmter Rechtsverhältnisse betreffen. **RG.** 3, 42; 7. Febr. 1893, J.W. 169. Mot. 84. Prot. 19, 156—158.

3) Gemäß der Unterscheidung im § 25 ist hinsichtlich der Einwirkung der K.Eröffnung auf die Erfüllung von Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäften (vgl. Ueberschrift d. Tit. **RG.** 12. März 1900, J.W. S. 342) zunächst

a. zu erwägen, ob das Rechtsverhältniß durch die §§ 18—24 betroffen ist, in welchem Falle diese Vorschriften denen des bürgerlichen Rechts derogiren. Mot. 84, Prot. 156.

b. Ist das Rechtsverhältniß von den §§ 18—24 nicht betroffen — vgl. auch Anm. zu § — so kommen zunächst die **Vorschriften des bürgerlichen Rechts** der in Anm. 1, bezeichneten Art zur Anwendung.

c. Sind solche nicht vorhanden, so ist bei zweiseitigen Verträgen **§ 17** anwendbar; bei anderen zu erfüllenden Rechtsgeschäften gelten die allgemeinen Vorschriften der KO. über die Befriedigung von K.Forderungen.

4) Von den **Sonderbestimmungen** des **bürgerlichen Rechts,** für die § 25 zur Anwendung kommt oder doch in Betracht gezogen werden könnte, sollen nachfolgend nur die hauptsächlichsten hervorgehoben werden. Soweit dabei Bestimmungen des bisherigen Rechts angeführt werden, geschieht dies in Rücksicht auf das zu Anm. 1 a. E. Gesagte.

a. Gesellschaften des bürgerlichen Rechts löst die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters nach § 728 B.G.B. in Uebereinstimmung mit dem gemeinen und französischen Rechte auf. — Nach dem preuß. A.L.R. sind gewöhnliche Societäten wegen veränderter Umstände auflösbar, A.L.R. I 5 § 378. Eine Sonderbestimmung für den Konkursfall besteht hierfür seit der preuß. K.O. von 1855, durch deren Einf.Ges. Art. II A.G.O. I 50 § 291 aufgehoben ist, nicht mehr (Goldammer S. 109). Die K.Eröffnung selbst gilt also seitdem nicht mehr wie nach § 291 a. a. O. kraft Gesetzes als veränderter Umstand. Eccius 2, § 143 zu A. 120. Für die Societät des A.L.R. tritt danach die Regel des § 17 ein; das Wahlrecht des Verwalters, auch gegen den Willen des anderen socius Erfüllung anzubieten und zu verlangen, ist indeß durch die Möglichkeit bedingt, daß er an Stelle des G.Schuldners erfüllen kann, A. 5 Anf. zu § 17; vgl. R.O.H. 25, 292 ff. Das Wahlrecht mit Eccius wegen § 16 Abs. 1 für unbedingt beseitigt zu erachten, dürfte bedenklich sein, da § 16 jedenfalls nicht ein Recht auf sofortige Auseinandersetzung giebt, wenn etwa das Verhältniß nur noch für eine absehbare Zeit dauert. Offene Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien werden sowohl durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters, als auch durch die Eröffnung des Konkurses über das Gesellschaftsvermögen aufgelöst (§ 131 Z. 3 u. 5, § 161 Abs. 2, § 330 Abs. 1 H.G.B.). Die stille Gesellschaft, §§ 335 ff. H.G.B. folgt nach neuem Recht der Bestimmung des § 728 B.G.B.; nach dem bisherigen wird sie ebenfalls, gemäß Art. 261 Z. 3 des alten H.G.B. aufgelöst. Die Rhederei wird durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Mitrheders

Digitized by Google

nicht aufgelöst (§ 505 H.G.B.). Aktiengesellschaften werden nach H.G.B. § 292 Z. 3 durch die Eröffnung des Konkurses über das Gesellschaftsvermögens aufgelöst. Wegen des Einflusses des Konkurses der Aktienzeichners s. Anm. 3 zu § 17 und R.O.H. 25, 292. Ueber Gesellschaften mit beschränkter Haftung vgl. R.Ges. v. 20. April 1892 in der Fass. vom 20. Mai 1898 R.G.Bl. S. 846 ff., § 60 Z. 3, 4, §§ 63 ff.; über Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften R.Ges. v. 1. Mai 1889 in der Fass. v. 20. Mai 1898 R.G.Bl. S. 810 ff., § 101, §§ 98 ff.; über Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit R.Ges. 12. Mai 1901 R.G.Bl. S. 139, 152, §§ 49 ff. Die Eröffnung des K.Verfahrens hat die Schließung kraft Gesetzes zur Folge bei eingeschriebenen Hülfskassen (R.Ges. v. 7. April 1876, R.G.Bl. S. 125, 1. Juni 1884 R.G.Bl. S. 54, § 29) und bei Innungen, Innungsausschüssen, Innungsverbänden (§ 97 Abs. 4, § 102 Abs. 4, § 104 der Gew.O in der Fass. v. 26. Juli 1897 R.G.Bl. S. 663).

b. Vereine, Stiftungen, die nach B.G.B. zu beurtheilen sind, verlieren durch die K.Eröffnung ihre Rechtsfähigkeit (§ 42 Abs. 1, § 86 B.G.B.), die Rechtsfähigkeit gilt jedoch für die Dauer des K.Verfahrens als fortbestehend (Vgl. Seuffert, Konkursprozeßr. S. 235, Jäger Anm. 9).

c. Die Vorschrift des H.G.B. § 898 (Art. 903 a. F.) betreffend den Konkurs eines Versicherers für Seeversicherungen, ist aufrecht erhalten. Für sonstige Versicherungen gilt § 17, soweit nicht besondere Vorschriften des bürgerlichen Rechts für den Fall der K.Eröffnung gegeben sind (vgl. zu a u. b). Im Gebiet des preuß. Landr. kommen (Art. 75 E.G. z. B.G.B.), für den Konkurs des Versicherers die Sonderbestimmungen des A.L.R. II 8 §§ 2012—2015 zur Anwendung. Für den Konkurs des Versicherten ist im A.L.R. nichts Besonderes bestimmt; will also der Verwalter nach § 17 fernere Erfüllung, so hat er die weitere Prämie als Masseschuld zu zahlen und die etwaige Versicherungssumme als eine zur K.Masse gehörige Forderung des G.Schuldners, der versichert bleibt, geltend zu machen, vgl. R.O.H. 25, 40. Andernfalls ist die Prämie vom Versicherer nur als K.Forderung zu liquidiren, vgl. § 61 Nr. 3.

d. Nach Mot. S. 85 soll Gew.O. § 127 b III Z. 2 (früher § 123), wonach der Lehrling die Auflösung des Vertrages verlangen kann, wenn der Lehrherr zur Erfüllung der ihm vertragsmäßig obliegenden Verpflichtung unfähig wird, unter § 25 fallen und demnach das Wahlrecht aus § 17 ausgeschlossen sein. Die angeführte Bestimmung der Gewerbe-Ordnung enthält aber keine Sondervorschrift gerade für den Fall des Konkurses (vgl. oben Anm. 2) Es kommt danach — da der Lehrvertrag dem § 22 (vgl. dort Anm. 4) nicht unterliegt — zunächst § 17 in Betracht. § 17 finde aber nur Anwendung, wenn auch die dort zu Anm. 5 hervorgehobene Voraussetzung, Vertretbarkeit der Pflichten des Lehrherrn (z. B. bei Lehrlingen, die in einem größeren Etablissement durch Werkmeister und andere Angestellte des G.Schuldners ausgebildet werden sollen) vorliegt. Andernfalls kommt allerdings — aber nicht aus § 25, sondern aus den zu Vorbem. 2 vor § 17 entwickelten Gesichtspunkten — die Bestimmung der Gew.O. zur Anwendung (vgl. auch oben zu b a. E.). Ebenso wie die Bestimmung der Gewerbe-Ordnung sind die Vorschriften der §§ 77, 70 H.G.B. über die Auflösung des Lehrvertrages des Handlungslehrlings zu beurtheilen.

e. Während das B.G.B. keine besonderen Vorschriften über die Wirkung der K.Eröffnung auf den Werkvertrag giebt, enthält das preuß. A.L.R. derartige Vorschriften für den Fall des Konkurses über das Vermögen des Werkmeisters in I 11 §§ 975, 976. Nach § 975 kann der Besteller „das in der Masse vorhandene vollendete Werk gegen Zahlung des noch schuldigen Preises fordern". Diese Bestimmung fällt unter § 25, da sie die Erfüllung einer besonderen Vertragsart für den K.Fall betrifft. Prot. 157 RG. 30. April 1884, J.W. S. 178. Die Abweichung von § 17 besteht hier darin, daß der Besteller Erfüllung verlangen kann und der Verwalter nicht das Wahlrecht hat, nicht zu erfüllen. Ob der Besteller oder der Werkmeister die Materialien geliefert hat, ist gleichgültig, (a.M.: nur, wenn der Besteller die Materialien hergab, Kammerger. Bl. f. R. 4, 115). Das Prinzip des § 26 wird nicht verletzt, da § 26 nur anwendbar ist, wenn Nichterfüllung oder Vertragsaufhebung erfolgt. Soweit der Besteller schon vorher auf

Digitized by Google

den Preis bezahlt hat, braucht er auch nicht nochmals zur Masse zu zahlen, selbst wenn er Alles bezahlt hätte; denn er hat nur unter der Voraussetzung, daß er noch den Preis oder einen Theil davon schuldet, zu zahlen. Fällt diese Voraussetzung fort, so fällt damit seine Verpflichtung zur Gegenleistung, nicht aber das Recht auf Herausgabe des Werks; der Verwalter muß erfüllen, wie der G.Schuldner erfüllen müßte (gegen Völderndorff 1, zu b. Anm. 16 S. 285). Eccius 2, § 138 zu Anm. 115 und Meisner S. 99 Note 3. Auch die im § 976 A.L.R. I 11 enthaltene Abweichung vom § 17, daß der Besteller seine von ihm gelieferten Materialien behalten bezw. verlangen kann, ohne daß ihm der Verwalter as Erfüllungswahlrecht aus § 17 entgegensetzen kann, ist aufrecht erhalten; Eccius 2, § 138 zu Anm. 116 (vgl. indeß Anm. 1 zu Nr. 2). Nach gemeinem Rechte bleibt für die Werkverdingung, sowohl wenn der Werkmeister die Materialien hergiebt, also die Grundsätze vom Kauf anwendbar sind, Windscheid § 401 Nr. 3, als auch bei der eigentlichen Werkverdingung, wenn der Besteller die Waaren liefert, der § 17 anwendbar. Der Besteller bleibt indeß Eigenthümer seines Materials; seiner Vindikation eines noch unvollendeten Werks bez. seinem Antrage auf Aussonderung seiner Materialien kann der Verwalter das Verlangen der Erfüllung, oder wenn nicht erfüllt werden soll, das Retentionsrecht wegen der aufgewendeten Kosten entgegensetzen. Stieglitz zu III Nr. 2. Ueber den Konkurs des Bestellers vgl. Anm. zu § 49.

f. Ehegüterrecht. Bei dem gesetzlichen Güterstand endigt nach B.G.B. mit der Rechtskraft des Beschlusses, durch den der Konkurs über das Vermögen des Mannes eröffnet wird, das Verwaltungsrecht des Mannes (§ 1419 B.G.B. a. a. O.) und die Errungenschaftsgemeinschaft (§ 1543 a. a. O.), nicht aber die allgemeine Gütergemeinschaft und die Fahrnißgemeinschaft (vgl. Anm. 1 zu § 2). Die dem Vater oder der Mutter aus der elterlichen Gewalt zustehende Verwaltung des Kindesvermögens endigt nach B.G.B. mit der Rechtskraft des Beschlusses, durch den der Konkurs über das Vermögen des Vaters oder der Mutter eröffnet ist (§§ 1647 Abs. 1, 1686 B.G.B.); nach Art. 203 E.G. z. B.G.B. gilt dies auch in Ansehung des Vermögens, welches das Kind vor dem 1. Januar 1900 erworben hat. — Ueber die Erfüllung von Rechtsgeschäften sind in diesen Fällen besondere Vorschriften nicht gegeben.

g Nach § 610 B.G.B. kann ein Darlehnsversprechen im Zweifel dann widerrufen werden, wenn in den Vermögensverhältnissen des andern Theils eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf Rückerstattung gefährdet wird. Sarwey-Bossert Anm. 4 Z. 4 rechnet diese Vorschrift zu den besonderen Vorschriften des bürgerlichen Rechts im Sinne des § 25, so daß sie bei Konkurs des Borgers ohne Weiteres statthaben soll. Aus § 610 erhellt aber nicht, daß er gerade für den Fall des Konkurses gegeben sei (Anm. 2). Falls das pactum de mutuo dando auch die Pflicht zur Annahme des Darlehns begründet (der Vertrag zweiseitig ist), kommt also zunächst die Vorschrift des § 17 zur Anwendung. Beansprucht der K.Verwalter die Erfüllung, so ist die Einrede aus § 610 an sich zulässig, da der K.Verwalter (auch aus § 17 nicht) kein besseres Recht auf Erfüllung als der von ihm vertretene Gemeinschuldner haben kann. Zur Begründung der Einrede reicht aber die K.Eröffnung allein sicher nicht aus, es muß vielmehr dargelegt werden, daß die Verhältnisse des G.Schuldners nach dem Darlehnsversprechen schlechter geworden sind, sodaß der Rückerstattungsanspruch gefährdet ist. Gerade der Umstand aber, daß die Aufnahme des Darlehns durch den K.Verwalter eine Masseschuld begründet, wird vielfach die Gefährdung des Darlehnsversprechers ausschließen (vgl. auch Mot. z. K.O. S. 69). Ganz ebenso wird die Vorschrift des § 321 B.G.B. — die auch schon deshalb nicht unter § 25 fallen kann, weil sie nicht für ein besonderes Rechtsverhältniß gegeben ist (vgl. Anm. 2 oben) — anzuwenden sein. Die Vorschrift des Preuß. A.L.R. I. 11 §§ 656, 657, die dem § 610 B.G.B. entspricht, hat die gleiche Bedeutung wie dieser Paragraph.

h. Auch die Vorschrift des Art. 29 W.O. (Ges. v. 27. Mai 1863) über die Verpflichtung des Acceptanten zur Sicherstellung im Falle seines Konkurses bleibt bestehen, begründet indeß an sich und abgesehen von einer Verbindung mit anderen Rechtsgeschäften nur eine K.Forderung, vgl. Anm. 7 zu § 17.

Digitized by Google

i. Nach jetzigem Recht ist der **Mäklervertrag** nur Geschäftsbesorgungsvertrag, der den zu § 23 entwickelten Grundsätzen unterliegt. Die gleichen Grundsätze kommen auch für das bisherige Recht in Anwendung. Nach diesem ist der Mäklervertrag nicht Vollmacht, sondern Vertrag über Handlungen des Mäklers, die mit Rücksicht auf dessen Persönlichkeit (nicht aus dessen Vermögen) erwartet werden, **RG.** 20. Mai 1889, J.W. 296. Der Konkurs über das Vermögen des Mäklers hebt daher auch nach bisherigem Rechte den Mäklervertrag nicht auf und der Konkurs über des Vermögen des Kommittenten nur, wenn das zu vermittelnde Rechtsgeschäft einen zur K.Masse gehörigen Vermögensgegenstand zum Gegenstande hat. Riesenfeld, Rass.-K. 37, 578, 581; vgl. Anm. 3 u. 4 zu § 23.

k. Gemäß § 773 Z. 3 B.G.B. steht dem **Bürgen** die Einrede der Vorausklage nicht zu, wenn über das Vermögen des Hauptschuldners der Konkurs eröffnet ist. Für das bisherige Recht gelten die besonderen Bestimmungen der Landesrechte. Vgl. insbesondere Code civ. art. 2020, 2023, 2026, 2027, 2032. Preuß. A.L.R. I. 14, §§ 248, 300—305, 395. Sächs. B.G. § 1462. Insofern eine K.Eröffnung überhaupt nur als Bedingung für das Verhältniß **anderer** Betheiligten untereinander in Frage kommt, wie hinsichtlich des Regresses an Vormänner nach Art. 29 W.O., bleiben diese Vorschriften bestehen und sind vom § 25 überhaupt nicht betroffen, da es sich in dieser Beziehung nicht um die Wirkung des Konkurses auf die Erfüllung des **G.Schuldners** handelt.

l. Ueber den Einfluß der K.Eröffnung auf bürgerliche, politische und Ehrenrechte vgl. Vorbem. 2 vor § 202.

§ 26 (21).

Wenn in Folge der Eröffnung des Konkursverfahrens die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit oder die Aufhebung eines Rechtsverhältnisses des Gemeinschuldners eintritt, so ist der andere Theil nicht berechtigt, die Rückgabe seiner in das Eigenthum des Gemeinschuldners übergegangenen Leistung aus der Konkursmasse zu verlangen. Er kann eine Forderung wegen der Nichterfüllung oder der Aufhebung nur als Konkursgläubiger geltend machen, soweit ihm nicht ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung zusteht.

E. I. 26. P. 21.

1. Allgemeiner Grundsatz.
2. Ausdehnung der Vorschriften.
3. Nichterfüllung und Aufhebung als Folgen der K.Eröffnung.
4. Wirkungen in Ansehung der Leistungen an den G.Schuldner.
5. Uebergang in das Eigenthum des G.Schuldners.
6. Vorbehalt des Eigenthums.
7. Ausschluß der Aussonderung durch Vertragserfüllung.
8. Sicherung der Rückgabe durch Vormerkung.
9. Anspruch wegen Nichterfüllung und Aufhebung, Satz 2.
10. Ansprüche aus fortgesetztem Mieth-, Pacht- und Dienstverhältniß.

1) Allgemeiner Grundsatz. Der § 26 ist unverändert nach dem Vorschlage des Entw. zur K.O. angenommen und auch in der N.K. nicht angefochten. Für den Fall der Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrages (insbesondere der nach § 17 eintretenden), in dem sich der Anspruch auf die Gegenleistung in eine Geldforderung verwandelt (§ 69), ist die Zurückforderung des vorhandenen Geleisteten aus der Masse mit dem Rechte der Aussonderung deshalb abgelehnt, weil sie sich nur rechtfertigen ließe, wenn der Vertrag (mit allen darauf beruhenden Leistungen) als nicht geschlossen oder als aufgehoben, wie wenn er nicht geschlossen wäre, zu betrachten wäre. Dies soll nicht geschehen, da nur die Erfüllungsart (genauer: „der Gegenstand des Anspruchs") sich ändert; dem Mitkontrahenten soll nur ein obligatorischer Anspruch auf Entschädigung für Nichterfüllung verbleiben (Mot. 86—94). Unberührt bleibt das Recht, aus anderen Gründen zurückzutreten, das aber um die Aussonderung zu begründen, entgegen den Vorschriften des B.G.B. § 346, so, daß dadurch der Vertrag und die darauf beruhenden Leistungen als aufgehoben zu gelten hätten, gestaltet sein und vor K.Eröffnung ausgeübt sein müßte. Die Vorschriften, die dem B.G.B., dem früheren gemeinen und dem Sächsischen Rechte (Sächsisch. B.G.B. § 864) und bis auf einzelne Aus-

Digitized by Google

nahmen dem preuß. A.L.R. entsprechen (I. 5 §§ 270 ff. 393 ff. 408 ff.) sind namentlich gegen das französische Recht gerichtet, das wegen Verzuges in der Erfüllung die Auflösung des Vertrages, als wäre er nicht geschlossen, gestattet, code civ. art. 1183, 1184 Art. 2102 Z. 4, und für diese Fälle die Folgerung aufkommen lassen könnte (vgl. insbes. Art. 2102 Z. 4 A. 6), daß auch die Vertragsleistungen aufgehoben sein sollen. Eine solche Auflösung ist aber mit der K.Eröffnung ausgeschlossen. Es muß sogar, da die Auflösung durch Urtheil zu gewähren ist, das Urtheil vor der K.Eröffnung rechtskräftig geworden sein. **RG. 17**, 79, 306. Die Vorschriften des § 26 greifen allen etwa abweichenden Bestimmungen des bürgerlichen Rechts gegenüber durch. Das Gleiche gilt von dem durch § 25 betroffenen Rechtsverhältnissen, sowie von den Pacht-, Mieth- und Dienstverhältnissen der §§ 19—22, soweit sie hinsichtlich der späteren Dauer aufgehoben werden.

2) **Dem § 26 unterliegen** nicht bloß Verträge, sondern alle „Verbindlichkeiten" und Rechtsverhältnisse, auch die vom § 25 ausgeschlossenen der §§ 18—23; wegen § 24 s. unten A. 8. Keine Kategorie dieser Verbindlichkeiten und Rechtsverhältnisse ist ausgeschlossen, sofern nur überhaupt ein im Konkurse geltend zu machender Anspruch möglich ist.

3) Die **Nichterfüllung** einer Verbindlichkeit oder die **Aufhebung eines Rechtsverhältnisses** muß eine **Folge der K.Eröffnung** sein. Ob dies der Fall, ist nach folgenden Grundsätzen zu entscheiden.

I. Zunächst ist festzustellen, welche Rechte der Gläubiger zur Zeit der K.Eröffnung ohne Rücksicht auf den Konkurs haben würde. Für diese Feststellung ist lediglich das bürgerliche Recht maßgebend.

II. Sodann ist gemäß §§ 17—23, 25 unter Berücksichtigung des bürgerlichen Rechts, soweit dies nach den oben angeführten Paragraphen anwendbar ist, sowie der allgemeinen Grundsätze der K.O. über die Umwandlung der Gläubigeransprüche in Geldforderungen (§ 69, Vorb. 3 vor 17) zu bestimmen, inwieweit die Rechte der Gläubiger durch die Wirkung der K.Eröffnung modifizirt werden.

Wenn hiernach die Nichterfüllung oder Aufhebung des Verhältnisses eintritt, so ist die Voraussetzung beider Bestimmungen des § 26 gegeben. *Gleichgültig* ist, ob die *Nichterfüllung* oder *Aufhebung* eine unmittelbare *Folge der K.Eröffnung* ist (§ 23 A. 4 a. b zu § 25) oder eine Folge der durch die K.Eröffnung für alle Gläubiger *unterbrochenen Zahlungsleistung* oder eine Folge der nach den Konkursvorschriften insbesondere §§ 17—25 zulässigen *Handlungen oder Erklärungen des Verwalters des Gläubigers* oder eines Dritten (A. 6 zu § 21). Eine schon vor dem Zeitpunkte der K.Eröffnung eingetretene Nichterfüllung, die noch nicht zu einer Aufhebung des Vertrages, als wäre er nicht geschlossen, geführt hat, schließt die Anwendung des § 26 nicht aus.

Die Nichterfüllung oder Aufhebung kann ganz oder theilweise eintreten, so daß die Voraussetzungen des § 26 sowohl dann vorliegen, wenn das gesammte Rechtsverhältniß sofort aufgelöst wird (Geschäftsbesorgungsvertrag § 23 A. 4 a. b zu § 25) als auch dann, wenn das Verhältniß *nur hinsichtlich der Zeitdauer* beseitigt wird (§§ 19—22).

4) **Satz 1. Wirkung** der Nichterfüllung oder Aufhebung **hinsichtlich der an den G.Schuldner** vor der K.Eröffnung gemachten **Leistung**: „der andere Theil ist *nicht* berechtigt, die Rückgabe seiner in das *Eigenthum* des G Schuldners übergegangenen Leistung *aus der K.Masse* zu verlangen." Die Vorschrift versagt nur negativ das Recht, für eine Leistung — worunter das Geleistete zu verstehen, **RG. 17**, 81, und wozu jeder zur Vertragserfüllung gegebene Vermögenswerth zu rechnen ist, **RG.** 20. Mai 1887, J.W. S. 289 (Prioritätsbewilligung) —, die in das Eigenthum, das Vermögen, des G.Schuldners übergegangen ist, im Falle des § 26 die *Rückgabe* in natura oder dem Werthe nach *aus der Masse als Masseschuld deshalb* zu fordern, weil in *Folge der K.Eröffnung nicht erfüllt wird* Nicht versagt ist das Recht des „andern Theils" auf Rückforderung aus einer andern dinglich wirkenden Nebenbedingung (vgl. Anm. 5 zu § 15, Fitting § 6 Anm. 38) und auch nicht das Recht des andern Theils, den Werth des Geleisteten als K.Forderung erstattet zu fordern, sofern er überhaupt gesetzlich oder vertragsmäßig das

Digitized by Google

Geleistete zurückfordern darf. (Ohne ein solches Rückforderungsrecht kann er auch als Konkursgläubiger nicht den Werth des Geleisteten, sondern nur den Werth der Gegenleistung fordern. Anm. 9.) Massegläubiger kann er wegen des folgenden Satzes 2 (Anm. 5) auch dann nicht sein, wenn das Geleistete noch nicht in das Eigenthum des G.Schuldners übergegangen ist, sofern er nicht, abgesehen von der Konkurs-Nichterfüllung ein Recht auf Rückgewähr des Geleisteten hat. In Gemäßheit des dem § 26 zu Grunde liegenden Prinzips soll selbst in einer Bereicherung der Masse kein Grund gefunden werden, dem Gläubiger für die Nichterfüllung einen Masseanspruch zu bewilligen, wenn die Nichterfüllung Folge der K.Eröffnung ist.

5) **Wann ein Uebergang in das Eigenthum** stattgefunden hat, bestimmt sich nach den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts, also zunächst nach den Grundsätzen des B.G.B.; die Grundsätze der Landesgesetze kommen dann zur Anwendung, wenn es sich um einen Thatbestand handelt, der noch in die Zeit ihrer Herrschaft fällt (vgl. Art. 181 E.G. z. B.G.B.). Sofern das bürgerliche Recht für den Eigenthumserwerb durch Uebertragung außer der Einigung über den Eigenthumsübergang (Titel) noch das Hinzutreten der *Uebergabe* erfordert, wie nach B.G.B. § 929, dem gemeinen und preuß. Rechte, A.L.R. I. 10 § 1, oder für Rechte an Grundstücken und Rechte an solchen Rechten das Hinzutreten der Eintragung (B.G.B. §§ 873, 1260), entscheidet dies. Sofern schon durch die *bloße Vereinbarung* auch ohne Uebergabe oder Eintragung wie nach § 474 H.G.B. Art. 6 E.G. dazu und nach dem allgemeinen Grundsatz des französischen Rechts Eigenthum übergeht, bleibt dem Leistenden, auch wenn er den Besitz behält, das Eigenthum nicht vorbehalten und hat er also nach § 26 nur eine Geldforderung (vgl. A. 4, 9). § 26 kann keine Anwendung haben, wenn die Uebertragung *nicht rechtsgültig* erfolgt ist. Dasselbe gilt, wenn der Uebertragungsvertrag auf Grund einer *Anfechtung* als von Anfang an nichtig anzusehen ist (§ 142 B.G.B.).

6) Der *vertragsmäßige* **Vorbehalt des Eigenthums** kann entweder als *aufschiebende* oder als *auflösende* Bedingung (§ 158 B.G.B.) gemeint sein. Ist der Vorbehalt aufschiebend, so bleibt der Veräußerer *bis* zum Eintritt der Bedingung (Abs. 1 a. a. O.) Eigenthümer und ist im Falle des Konkurses des Erwerbers aussonderungsberechtigt. War der Vorbehalt auflösend, so ist zunächst das Eigenthum auf den Erwerber übergegangen und dem Veräußerer steht im Falle des Konkurses, wenn die als Bedingung gesetzte Nichterfüllung eintritt, allerdings nach dem preuß. A.L.R. gemäß § 26 S. 1 kein Rückforderungsrecht zu, weil die der Eigenthumsübertragung beigefügte auflösende Bedingung bei ihrem Eintritte nicht das Eigenthum zurückfallen läßt, sondern nur zur Rückübertragung verpflichtet (§ 262 A.L.R. I. 11). Wirkt aber der Eintritt der auflösenden Bedingung wie nach dem gemeinen Recht und dem B.G.B. § 158 Abs. 2 in der Art, daß der frühere Rechtsstand von selbst wieder eintritt, so steht dem Verkäufer auch im Konkurse das Aussonderungsrecht zu (A. M. Jäger A. 16).

Ob der Eigenthumsvorbehalt aufschiebend oder auflösend gemeint ist, ist nach den konkreten Verhältnissen zu beurtheilen; nach § 455 B.G.B. gilt im Gegensatz zu A.L.R. I. 11 §§ 266, 261 ff. der Satz, daß im Zweifel der Eigenthumsvorbehalt bis zur Zahlung des Kaufpreises als aufschiebende Bedingung gelten solle.

Die Vorschrift des cod. civ. art. 2102 Z. 4, nach der verkaufte Gegenstände binnen acht Tagen zurückgefordert werden können, wenn der Preis nicht bezahlt wird, ist keine Sondervorschrift, sondern eine Folge der für jede Nichterfüllung gegebenen allgemeinen Regel des art. 1184 cod. civ. Sie giebt demgemäß wie in allen andern Fällen der Nichterfüllung dem Gläubiger nur einen obligatorischen Anspruch auf Rückgabe, **RG.** 18, 331, Hullmann Anm. 5, der im Konkurs des Erwerbers nur als Anspruch auf den Schätzungswerth (§ 69) und nach Maßgabe des § 26 S. 2 nur als Konkursforderung geltend zu machen ist, unbeschadet des Rechts des Verkäufers, bei dem Vertrag stehen bleibend, als K.Gläubiger Zahlung des Preises zu fordern.

7) Bei **Anwendung des § 17** kann unter Umständen die Aussonderung des dem Vertragsgenossen verbliebenen Eigenthums ausgeschlossen werden. Ist nämlich der Gegen-

Digitized by Google

stand in den Besitz der K.Masse auf Grund eines gegenseitigen Vertrages gelangt, so kann der Verwalter erfüllen und Erfüllung verlangen und demgemäß die Leistung behalten (vgl. § 986 B.G.B.).

Der Vertragsgegner kann die Aussonderung erst verlangen, nachdem er die Erklärung des Verwalters herbeigeführt hat.

8) Fraglich ist die Bedeutung des § 24 gegenüber § 26. Es wird anzunehmen sein, daß eine **Vormerkung auf Rückgabe** durch die Bestimmung des § 26 nicht berührt wird. Die Vormerkung sollte nach den für seine Fassung ausgesprochenen Erwägungen „der K.Masse gegenüber" (Begründung S. 32) ihre Wirksamkeit behalten d. h. doch: „der gesicherte Anspruch soll durch die im Interesse einer gleichmäßigen Befriedigung der K.Gläubiger erlassenen Vorschriften der K.Ordnung überhaupt nicht berührt werden". Die Prot. z. B.G.B. B. III S. 112 a. E., S. 107 a. E, S. 109 a. E. sprechen ebenso wiederholt ohne jede Einschränkung aus, daß die Eröffnung des Konkurses auf die Wirksamkeit der Vormerkung ohne Einfluß sein soll. — A. M. Jäger A. 8; Petersen-Kleinfeller A. II 3. Demgemäß kann, wenn durch eine Vormerkung die Rückauflassung für den Fall gesichert ist, daß der Erwerber nicht erfüllt, die Rückauflassung eintretendenfalls auch aus der K.Masse verlangt werden, auch wenn der Erwerber in Folge des Konkurses (A. 3) nicht erfüllt

9) **Satz 2: Wirkung** der Nichterfüllung oder Aufhebung **auf den Anspruch des andern Theils.** Der andere Theil „kann eine Forderung wegen der Nichterfüllung oder der Aufhebung nur als Konkursgläubiger geltend machen, soweit ihm nicht ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung zusteht." Er ist (außer wenn er schon vor oder bei der K.Eröffnung ohne Rücksicht auf die K.Nichterfüllung ein Aussonderungsrecht hatte, Anm. 3, 4) keinesfalls Massegläubiger, auch nicht, wenn die Nichterfüllung oder Aufhebung auf Handlungen des Verwalters (Kündigung, Erfüllungsweigerung) beruht.

Satz 2 bestimmt nicht, daß die durch den Konkurs eintretende Nichterfüllung stets einen Anspruch zur Folge hat, sondern daß, wenn die Nichterfüllung oder Aufhebung nach dem bürgerlichen Recht eine Forderung erzeugt, sie keinesfalls etwas Anderes als eine K.Forderung sein soll, abgesehen natürlich von Absonderungsrechten. RG. 26 93 ff. 9. Febr. 1894 Nass.K. 28 1175 A. M. Oetker, Busch 14 49: der § 26 verleihe einen Entschädigungsanspruch. Immer entscheidet das bürgerliche Recht darüber, ob und welche Entschädigungsforderung begründet ist. Sie braucht sich nicht auf Verzug des G.Schuldners oder des Verwalters zu stützen, sondern nur auf die Ablehnung der Erfüllung, ist deshalb auch nicht von der Beachtung der Vorschriften des § 326 B.G.B. abhängig. Vgl. auch RG. 22 11. Für gewisse Fälle bestimmt die K.Ordnung selbst, daß eine Forderung zustehe. Nach § 69 sind Forderungen, die nicht auf einen Geldbetrag gerichtet sind, nach ihrem Schätzungswerthe in Reichswährung geltend zu machen. Man kann zweifelhaft sein, ob hierin die Begründung einer Forderung wegen Nichterfüllung zu finden ist, da die ursprüngliche Forderung nur mit einem rechtlich veränderten Inhalt geltend zu machen ist. Doch gilt auch von ihr, daß sie nur als K.Forderung geltend zu machen ist. In § 18 ist die Differenzforderung bei Fixgeschäften über Waaren, die einen Markt- oder Börsenpreis haben, begründet. Nach den §§ 19, 22 steht, wenn der Verwalter von seinem Rechte, ein Mieth- oder Pachtverhältniß über einen dem G.Schuldner überlassenen Gegenstand oder ein in dem Haushalte Wirthschaftsbetriebe oder Erwerbsgeschäfte des G.-Schuldners angetretenes Dienstverhältniß zu kündigen, Gebrauch macht, dem anderen Theile ein Anspruch auf Ersatz des ihm durch die Aufhebung des Vertrages entstandenen Schadens zu. Es ist endlich nicht zu bezweifeln, daß ein Schadensersatzanspruch des Miethers oder Pächters eines Grundstücks als K.Forderung auch dann entsteht, wenn der Mieth- oder Pachtvertrag im Falle der Zwangsversteigerung oder der ihr nach § 21 Abs. 3 hierin gleichstehenden freiwilligen Veräußerung des Grundstücks von dem Erwerber gekündigt wird, da mit der Ermöglichung dieser Kündigung das Recht des Verwalters ausgeübt wird, oder sofern ein Gläubiger die Versteigerung betrieben hat, der G.Schuldner für die Entziehung des Mieth- oder Pachtgenusses einstehen müßte (vgl. Anm. 6 zu § 21,

Digitized by Google

Zw. Verst. G. § 57). Nicht ganz gleich liegen die Fälle, in denen gemäß § 17 die Erfüllung unterbleibt, weil der Verwalter sie nicht wählt. Denn in diesen Fällen ist abweichend von der Vorschrift des § 69, daß Forderungen, die nicht auf einen bestimmten Geldbetrag gerichtet sind, nur nach ihrem Schätzungswerth in Reichswährung geltend zu machen sind, dem Verwalter das Recht gegeben, zu erfüllen und damit die Gegenleistung für die K.Masse zu gewinnen, während in den Fällen der §§ 19, 21, 22 das Vertragsverhältniß fortbesteht, bis es gekündigt wird, und die Kündigung des Verwalters nach dessen Gutdünken erfolgt, also auch von ihm zu vertreten ist. Aber das Kündigungsrecht des Verwalters ist auch nur eine Wirkung des Konkurses wie die gesetzliche Versagung der Vertragserfüllung und daraus darf geschlossen werden, daß auch im Falle der gesetzlichen Versagung der Erfüllung dem Berechtigten ein Schadensersatzanspruch erwächst, und daß dies sowohl in den Fällen des § 17 und in den landesgesetzlich geordneten Fällen, als auch in den Fällen gilt, in denen überhaupt Erfüllung eines Anspruches nach dessen zur Zeit der K.Eröffnung bestehenden Inhalte gesetzlich versagt wird (§ 69). Es entsteht daraus, wenn die Forderung von einer Gegenleistung nicht mehr abhängig ist, eine Erweiterung des Anspruchs auf den Schätzungswerth bis zum Anspruche auf volle Entschädigung; es ist aber auch nicht einzusehen, weshalb der Anspruch, wenn noch eine Gegenleistung zu gewähren ist, abgesehen davon, daß deren Ersparniß bei Berechnung des Schadensersatzes zu berücksichtigen ist, einen größeren Umfang haben soll, als wenn eine Gegenleistung nicht mehr zu gewähren ist. Der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung ist allerdings nach dem B.G.B. § 280 immer davon abhängig, daß die Leistung in Folge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden ist, und zu vertreten hat der Schuldner bloß Vorsatz und Fahrlässigkeit (§ 276 a. a. O.), sofern nicht der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt ist und die Leistung aus der Gattung möglich ist (§ 279 a. a O.). Diese Ausnahme ist aber dahin zu verstehen, daß der Schuldner sich mit dem Mangel von Geldmitteln niemals entschuldigen kann (Planck B.G.B. § 279 Anm. 2). Der Mangel an Geldmitteln ist Ursache und Veranlassung jedes Konkurses. Die Nichterfüllung, die in Folge des Konkurses eintritt, ist danach in jedem Falle zu vertreten. (Vgl. auch RG. 12. März 1900 J.W. S. 344.) Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ist folglich in jedem Falle begründet. Der Schadensersatz entspricht dem Erfüllungsinteresse und umfaßt auch den entgangenen Gewinn, § 252 B.G.B. Er schließt den einfachen Wertherſatz, der nach § 69 gefordert werden kann, als eines der Glieder der Berechnung in sich, und ist, wenn für den eingetretenen Fall eine Vertragsstrafe bedungen ist, nach dieser zu bemessen (vgl. RG. 26 93, A. M. Oetker bei Busch 14, 50). Niemals kommt es bei der Ersatz- oder Schadensberechnung auf den Werth des von dem Gläubiger Geleisteten an, sondern auf den Werth dessen, was er zu fordern hat, und nur, wenn der Gläubiger abgesehen von der Wirkung der K.Eröffnung ein Rücktrittsrecht hat und davon Gebrauch macht, ist der Werth des Geleisteten, weil dieser nunmehr Gegenstand der Forderung ist, von Bedeutung. Vgl. Petersen-Kleinfeller Anm. III 6. Sarwey-Bossert Anm. 4 Z. 2, 3. Neben der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit erwähnt § 26 allgemein auch die Aufhebung eines Rechtsverhältnisses. Die Aufhebung eines obligatorischen Vertrages, wenn auch nur für die Zukunft, ist nur eine besondere Art der Nichterfüllung. Soweit außerdem Rechtsverhältnisse in Folge der K.Eröffnung aufgehoben werden, z. B. Verwaltung und Nutznießung des Ehemannes und des Vaters, kommt immer nur in Frage, ob ein Dritter, mit dem das Rechtsverhältniß bestand, ein Recht auf dessen Fortbestand hatte. Bestand keine Verpflichtung, das Rechtsverhältniß aufrecht zu erhalten, dann bleibt nach dessen Aufhebung nichts mehr übrig, was einen Schadensersatzanspruch begründen könnte.

10) Insoweit Pacht-, Mieth- und Dienstverträge gemäß §§ 19—22 nach der K.Eröffnung fortgesetzt werden, sind die Beträge an Pacht, Miethszins und Lohn für die Zeit nach der K.Eröffnung gemäß § 59 Nr. 2 Masseschulden. Dagegen sind die Entschädigungen für vorzeitige Aufhebung des Verhältnisses, die Rückforderung einer Pachtkaution aus dem Konkurse des Verpächters und die Entschädigungsforderung des Verpächters für Deterio-

Digitized by Google

rationen und Inventardefekte im Konkurse des Pächters nicht „für die Zeit" nach der K.Eröffnung zu gewähren, wenngleich sie erst in der Zeit nach der K.Eröffnung fällig und bis dahin bedingt oder betagt sind §§ 65, 67. Sie sind Forderungen für (theilweise) Nichterfüllung und K.Forderungen. Vgl. Obtr. **40**, 149, Strieth. **86**, 107; **71** 529 und Anm. zu §§ 49, 59. Ueber das Verhältniß des Pächters und Miethers als dinglicher Forderungsberechtigter nach preuß. A.L.R. vgl. **RG. 17**, 284; 20. Febr. 1889, J.W. 155; 5. März 1892, J.W. 186. — Wegen der Rechte auf abgesonderte Befriedigung vgl. §§ 47 ff. und Anm. 9, 10 zu § 19. Insbesondere zu §§ 19, 20 vgl. § 49 Nr. 2.

§ 27.

Erlischt ein von dem Gemeinschuldner ertheilter Auftrag oder ein Dienst- oder Werkvertrag der im § 23 Abs. 2 bezeichneten Art in Folge der Eröffnung des Verfahrens, so ist der andere Theil in Ansehung der nach der Eröffnung des Verfahrens entstandenen Ersatzansprüche im Falle des § 672 Satz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs Massegläubiger, im Falle des § 674 des Bürgerlichen Gesetzbuchs Konkursgläubiger.

K.O.N.

1. Geschäftsbesorgungen, die sich nicht auf die K.Masse beziehen.
2. Ersatzansprüche i. S. des §. 27.
3. Vergütungsansprüche.
4. Schadensersatzansprüche.

1) Nicht **jede** Uebertragung einer Geschäftsbesorgung (vgl. A. 1 u. 2 zu § 23) erlischt in Folge der K.Eröffnung, sondern nur diejenige, die sich auf das **zur K.Masse gehörige Vermögen des G.Schuldners bezieht** (A. 4 zu § 23). Alle **andern** Uebertragungen gewähren dem Geschäftsbesorger nur in Ansehung der bereits zur Zeit der K.Eröffnung vorhandenen Ersatz- und Vergütungsansprüche das Recht eines Konkursgläubigers (A. 7 zu § 3).

2) **Ersatzansprüche** sind nach §§ 670, 675 B.G.B. die Ansprüche des Geschäftsbesorgers auf Ersatz der **Aufwendungen**, die der Geschäftsbesorger zum Zweck der Ausführung der ihm übertragenen Geschäfte gemacht hat; Aufwendungen kommen nur soweit in Betracht, als der Geschäftsbesorger sie den Umständen nach für erforderlich halten dürfte. — Mit der Eröffnung des K.Verfahrens erlischt regelmäßig der Geschäftsbesorgungsvertrag der in Anm. 1 S. 1 bezeichneten Art, es können also regelmäßig zum Ersatz berechtigende Aufwendungen in der Zeit nach der K.Eröffnung überhaupt nicht mehr gemacht werden. Ob in den Ausnahmefällen des § 23 Abs. 1 S. 2, in denen der Geschäftsbesorgungsvertrag als fortbestehend gilt (A. 6 zu § 23), schon nach den allgemeinen Vorschriften der K.O. dem Geschäftsbesorger ein Anspruch gegen die K.Masse zusteht, kann zweifelhaft sein. Als K.-Gläubiger kann der Geschäftsbesorger deshalb nicht liquidiren, weil der Anspruch erst mit der Aufwendung, also nicht schon zur Zeit der K.Eröffnung begründet ist (§ 3 und A. 7 daselbst; Abw. Petersen-Kleinfeller A. IV 8). Gilt aber im Falle des § 674 B.G.B. der Auftrag gerade zu Gunsten des Beauftragten, aber auch nicht weiter, als fortbestehend, so giebt der § 27 die richtige Lösung dadurch, daß er aus späteren Aufwendungen eine K.-Forderung entstehen läßt. Im Falle des § 672 S. 2 B.G.B. dagegen, wo der Auftrag allgemein insoweit als fortbestehend gilt, als der Beauftragte das Geschäft wegen Gefahr im Verzuge fortzusetzen hat, kann die Rechtsstellung des Beauftragten als Massegläubigers allerdings nicht allgemein aus § 59 Z. 2 hergeleitet werden, wie Jaeger Anm. 4 annimmt, denn der Auftrag ist kein zweiseitiger Vertrag; und nur bei dem Dienstvertrag oder Werkvertrag kann dies angenommen werden. Der Beauftragte ist aber im Falle des § 672 S. 2 für die Zeit nach der K.Eröffnung Beauftragter des K.Verwalters, so daß § 59 Z. 1 in Betracht gezogen werden könnte. Jeder Zweifel ist aber durch die Vorschrift des § 27 zu Gunsten des Beauftragten als Massegläubigers beseitigt und dieser damit zugleich als ein Beauftragter des Verwalters anerkennt. Daß die Aufwendungen im konkreten Falle auch gerade zu einem Vortheile geführt haben, setzt § 27 nicht voraus (Petersen-Kleinfeller A. 1).

Digitized by Google

3) Zu unterscheiden von den Ersatzansprüchen des Geschäftsbesorgers aus Aufwendungen, sind im Falle der entgeltlichen Geschäftsbesorgung seine Ansprüche auf **Vergütung**. Für seine Thätigkeit bis zur K.Eröffnung kann der Geschäftsbesorger Vergütung als K.-Gläubiger (§§ 3, 61 Z. 1 u. 5) verlangen, für die Thätigkeit nach K.Eröffnung ist zu unterscheiden, ob der Fall des § 672 S. 2 B.G.B. oder der des § 674 a. a. O. vorliegt. Im ersten Falle ist der Geschäftsbesorger Massengläubiger, da er die Thätigkeit der Geschäftsbesorgung ausführen muß bis der K.Verwalter anderweit Fürsorge treffen kann (§ 593). Im zweiten Falle kommen die Vorschriften des § 3 und des § 61 Z. 6 zur Anwendung, da der Anspruch auf Vergütung an sich bereits zur Zeit der K.Eröffnung begründet war und durch die gemäß § 23 S. 2 als Vertragsleistung zu berücksichtigende Thätigkeit perfekt geworden ist (A. 7 Abs. 2 zu § 3). In allen anderen Fällen kann der Geschäftsbesorger überhaupt keine Vergütung, sondern nur Schadensersatz fordern (A. 4).

4) Für Ansprüche auf Ersatz des **Schadens**, den der Geschäftsbesorger aus dem vorzeitigen **Erlöschen** des Geschäftsbesorgungsvertrages hat, kommt § 26 S. 2 in Betracht (vgl. dort A. 3 u. 9).

§ 28.

Wird eine nach § 705 des Bürgerlichen Gesetzbuchs eingegangene Gesellschaft durch die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters aufgelöst, so ist der geschäftsführende Gesellschafter in Ansehung der Ansprüche, welche ihm aus der einstweiligen Fortführung der Geschäfte nach § 728 Satz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zustehen, Massegläubiger, in Ansehung der ihm nach § 729 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zustehenden Ansprüche, unbeschadet der Bestimmung des § 51, Konkursgläubiger.

K.O.N.

1. Voraussetzung ist die in Folge der K.Eröffnung geschehene Auflösung — § 736 B.G.B.
2. rsatzansprüche aus Aufwendungen als Massefschulden — als Konkursforderungen.
3. Vergütungsansprüche.
4. Schadensersatzansprüche.
5. Abgesonderte Befriedigung.

1) Die Gesellschaft des B.G.B. (§ 705 a. a. O.) wird nach § 728 S. 1 a. a. O. durch **Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters aufgelöst**. Nach § 736 a. a. O. kann aber für den Fall des Konkurses eines Gesellschafters die Fortsetzung der Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern im Gesellschaftsvertrage bestimmt sein, so daß der G.Schuldner nur aus der Gesellschaft ausscheidet. Nur wenn § 728 a. a. O. zutrifft, kann § 28, der die **Auflösung** der Gesellschaft voraussetzt, Anwendung finden. Sonst können die die Gesellschaft fortsetzenden Gesellschafter nur ihre zur Zeit der K.Eröffnung begründeten Forderungen als K.Forderungen liquidiren, soweit sie nicht bei der Auseinandersetzung (A. 4 zu § 16) oder gemäß § 51 durch Absonderung Befriedigung finden.

2) Wird die Gesellschaft durch den Konkurs eines Gesellschafters aufgelöst, so haben die übrigen Gesellschafter nach §§ 728, 727 Abs. 2 S. 2, 3 die Verpflichtung, die ihnen übertragenen Geschäfte so lange fortzuführen, bis der K.Verwalter gemeinschaftlich mit ihnen Fürsorge in Ansehung der Gesellschaftsgeschäfte treffen kann; insoweit gilt die Gesellschaft als fortbestehend. Da hier noch Geschäfte der K.Masse fortgeführt werden, so sollen in Anwendung der bei § 27 zur Geltung gelangten Grundsätze die geschäftsführenden Gesellschafter in Ansehung der ihnen aus **Aufwendungen** zustehenden Ansprüche als **Massegläubiger** behandelt werden.

Nach § 729 B.G.B. gilt im Falle der Auflösung der Gesellschaft durch den Konkurs eines Gesellschafters die einem Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag übertragene Befugniß zur Geschäftsführung zu seinen Gunsten als fortbestehend, bis er von der Auflösung Kenntniß erlangt oder die Auflösung kennen muß. Auch für diesen Fall sind die Grundsätze des § 27 in der Art zur Anwendung gebracht, daß der Gesellschafter Ersatz seiner im Rahmen des § 729 gemachten **Aufwendungen als K.Gläubiger** verlangen kann.

Digitized by Google

3) Steht dem geschäftsführenden Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrag eine **Vergütung** zu, so kann er diese für den Fall des § 728 S. 2, in dem die Geschäftsführung erfolgen *muß*, schon aus § 59 Z. 2 als Massegläubiger geltend machen, was § 28, der sich nicht bloß auf *Ersatz*ansprüche wie § 27 bezieht, ausdrücklich bestätigt.

Im Falle des § 729 B.G.B. kann der geschäftsführende Gesellschafter die vertragliche Vergütung für die Zeit, während der seine Befugniß zur Geschäftsführung zu seinen Gunsten als fortbestehend gilt, als K.Gläubiger verlangen. Diese Befugniß ist schon aus § 3 in Verbindung mit § 729 B.G.B. herzuleiten (vgl. das für den Fall des § 674 bei § 27 in A. 3 Gesagte), wird aber durch § 28 noch besonders bestätigt (S. vorigen Abs. dieser A.).

4) Wegen der den Gesellschaftern des G.Schuldners aus der Auflösung der Gesellschaft zustehenden **Schadensersatzansprüche** vgl. A. 4 zu § 27.

5) Daß das Recht **auf abgesonderte Befriedigung** aus § 51 trotz der Bestimmung des § 28 Anwendung finden muß, brauchte nicht besonders hervorgehoben werden, da Tit. 5 sedes materiae über das Absonderungsrecht ist und durch die Vorschriften dieses Titels, die nur die Erfüllung von Verbindlichkeiten im Konkurse regeln, nicht berührt wird. Nach der Fassung des Vorbehaltes scheint er sich nur auf die Forderungen der K.Gläubiger, nicht der Massegläubiger zu beziehen. Dadurch wird aber das den Massegläubigern zustehende Absonderungsrecht nicht aufgehoben und es ist von praktischer Bedeutung, da die Masse nicht immer zur Befriedigung aller Massegläubiger ausreicht.

Dritter Titel.

Anfechtung.

1. Geschichtliches.
2. System der K.O.
3. Organ für die Anfechtung.
4. Benachtheiligung als Voraussetzung der Anfechtung.
5. Anfechtungsanspruch.
6. Feststellung der Zahlungseinstellung.
7. Anfechtung nach B.G.B. § 842.
8. Landesgesetzliche Anfechtung.
9. Anfechtung nach B.G.B.
10. Scheingeschäfte.

Außer den Kommentaren und den Systemen von Endemann, Fitting, Kohler vgl. Mandry-Geib § 50; Eccius 1, § 114; Dernburg 2, §§ 127—132; A. S. Schultze: das deutsche Konkursrecht in s. juristi. Grundl., Berlin 1880; Otto, Anfecht. v. Rechtshandl. ꝛc. Leipzig 1881; Hartmann, Anfecht.-Ges v. 21. Juli 1879, 4. Aufl. 1892 (von Frankenburger); Kranichfeld, Anfecht.-Ges. ꝛc. Leipzig 1880; Jäckel, Anfecht ꝛc. auf Grund d. Ges. v. 21. Juli 1879, 2. Aufl. 1889; Korn, Anfecht. ꝛc. in u. außer d. Konkurse, 2. Aufl.; Grützmann, Anfechtungsrecht der K.Gläubiger nach gem. R. u. K.O. Leipzig 1882; Cosack, Anfechtungsrecht der Gläubiger, Stuttgart 1884; Petersen, zur Lehre vom Anfechtungsrecht in Busch, 10, 17—72; Meisner, über die juristi. Natur des Anf.-Rechts in Raff.K. 32, 204 ff.; Frohwann, Anfechtungsklage des § 32 Nr. 1; Endemann, K.Verfahren §§ 40—51; Steinbach, Kommentar zu dem österreich. Anfecht.Ges. v. 16. März 1884; Menzel, Anfecht-Recht nach österreich. Recht, 1886; Krasnopolski, Anfecht.-Recht nach österreich. Recht, 1889; Geschichtliches Kohler § 37.

1) Die Anfechtbarkeit der Handlungen des G.Schuldners aus der Zeit *vor* der K.Eröffnung ist ebenso wie die Beschränkung seiner Verfügungsbefugniß und der Wirkungen seiner Handlungen *nach* der K.Eröffnung, §§ 6, 7, ein auf Grund der Erfahrungen nothwendiges Schutzmittel, um das berechtigte Verlangen der Gläubiger nach gemeinschaftlicher Befriedigung gegen verletzende Verminderungen der Befriedigungsmasse zu sichern und die Verletzungen, wenn erfolgt, in ihren Wirkungen zu beseitigen. Die Stellung der Rechtssysteme zu diesem Ziele war eine sehr verschiedene. Nach römischem Rechte begründete die missio in bona nur die par conditio unter den Gläubigern, ohne auf die Verbindlichkeit der Verfügung des Kridars einzuwirken. Die Praxis des späteren gemeinen Rechts entzog dem G.Schuldner mit der K.Eröffnung die Verfügungsfähigkeit.

Digitized by Google

Hinsichtlich der Handlungen *vor* der K.Eröffnung war nur mit der actio Pauliana, als einem Restitutionsmittel ex capite *doli*, die Anfechtung *betrüglicher* Veräußerungen gegen den Schuldner und gegen den am Betruge Theil nehmenden Erwerber zulässig. Vgl. über das römische Recht — actio Pauliana, interd. fraudatorium, in factum actio — und das gemeine Recht: Windscheid § 463; Civil-Arch. 62, 468—495; Otto S. 1—17; Sarwey S. 122 ff.; Grützmann S. 1—97; R.O.H. 25, 103; RG. 4, 28. — Nach dem Code de comm. art. 437 ff. und nach der früheren englischen Gesetzgebung wurden dagegen schon alle von der thatsächlichen *Zahlungseinstellung* ab erfolgten Verfügungen für unbedingt nichtig erklärt, *ohne Rücksicht* auf die Kenntniß und den *guten Glauben* Dritter. Zwischen diese extremen Systeme stellen sich das zur Reform des Code erlassene französische Fallimentgesetz vom 28. Mai 1838 Art. 443 ff., das hierin auch der P. zu Grunde liegt, sowie die neuere englische Gesetzgebung. Sie erklären die unbedingte Nichtigkeit erst für die Handlungen nach der K.Eröffnung, gestatten aber die Anfechtung der nach der Zahlungseinstellung vorgenommenen Rechtshandlungen des G.Schuldners, wenn der andere Theil von der erfolgten Zahlungseinstellung Kenntniß hatte. Mot. 97 ff. Dernburg 2, § 127.

2) Das **System der Konkursordnung** ist das vermittelnde. Die K.O. erklärt die Zahlungsunfähigkeit als Grund und Voraussetzung der K.Eröffnung, bezeichnet die Zahlungseinstellung als ein hauptsächliches Zeichen der Zahlungsunfähigkeit, § 102, und bestimmt die Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen wesentlich mit Rücksicht auf die Zeit der Zahlungseinstellung. Die Mot. erklären als Grund des Anfechtungsrechts einen, schon mit der Zahlungsunfähigkeit und der Zahlungseinstellung als deren Aeußerung entstehenden „Konkursanspruch" der Gläubiger auf gemeinsame Verwendung der Masse und die Pflicht des G.Schuldners, der Gläubiger und Dritter, diesen K.Anspruch nicht zu verletzen. Man kann jedoch diese von den Mot. hauptsächlich zur Begründung der dem Konkurse eigenthümlichen Vorschriften des § 30 hervorgehobene Aufstellung des K.Anspruchs als einheitliche Grundlage des Anfechtungsrechts in den positiven Bestimmungen der K.O. nicht ausgedrückt finden. Einheitlich ist nur *der Zweck* der Anfechtung. Gegen Benachtheiligungen des Befriedigungsrechts der Gläubiger ist das Recht gegeben, die für ungerechtfertigt erklärten Benachtheiligungen dadurch zu beseitigen oder auszugleichen, daß ihre Unwirksamkeit erklärt und ein obligatorischer Anspruch auf Rückgewähr des den Gläubigern Entzogenen gegeben wird. Diesen Anspruch kann man, wie Petersen-Kleinfeller thut, mit den Kondiktionen vergleichen, bei denen aus verschiedenen Rechtsgründen der Anspruch auf Rückgewähr entsteht. Auch hier, bei der Anfechtung, beruhen die einzelnen Fälle, in denen Benachtheiligungen zu Gunsten Andrer für ungerechtfertigt erklärt sind, auf gesetzgeberischen, verschiedenen Zweckmäßigkeitsgründen ohne einheitlichen Charakter. Dem einheitlichen *Grunde* widerstrebt die Verschiedenheit der Voraussetzungen. Deßhalb hat auch die früher herrschende Theorie immer mehr an Boden verloren, nach der der Grund der Anfechtung überall eine schuldvolle Rechtsverletzung der Anfechtungsgegner sein sollte. Der Theorie steht theils das Fehlen eines Grundes für eine Schuldbeimessung (§ 32), theils die Unmöglichkeit, zur Zeit der anfechtbaren Handlung das künftige Eintreten eines Konkurses zu erkennen, das erst die Handlung zu einer anfechtbaren macht (§ 30), theils die Beschränkung der Anfechtungswirkung auf Unwirksamkeit und Rückgewähr (§§ 29, 37) entgegen. Vgl. Cosack S. 26 ff.; Endemann S. 232; Petersen-Kleinfeller Anm. III zu § 29, wo in Anm. 7 die hier gegebene Darstellung ungenau und hinsichtlich des § 30 direkt der diesseitigen Anm. 1 zu § 30 widersprechend charakterisirt wird.

3) Das **Organ**, dem allein Anfechtung zusteht, ist der Verwalter (§ 36).

4) **Voraussetzung** jeder K.Anfechtung ist in Folge des einheitlichen *Zweckes*, daß die angefochtene Handlung für die jetzige Befriedigung der Gläubiger nachtheilig ist, d. h. daß sie ohne die Anfechtung in geringerem Maße befriedigt werden, als sonst. Mot. 108 ff., 114. Dies muß zur Klagebegründung vom K.V. nachgewiesen werden. Das Nähere hierüber Anm. 5, 6 zu § 29.

Digitized by Google

5) Der auf die Anfechtung gegründete Anspruch, **Anfechtungsanspruch**, mit dem der Zweck der Anfechtung, die K.Masse gegen Beschädigungen zu sichern, erreicht werden soll, geht dahin, daß positiv die der Masse entzogenen Gegenstände von dem, der durch seinen Erwerb die Masse verringert hatte, zu dieser zurückgegeben, und daß negativ Angriffe, die auf Grund der angefochtenen Rechtshandlungen gegen die Masse erhoben werden, zurückgewiesen werden, § 37 u. Anm. 15 zu § 29.

6) In welchem **Zeitpunkte** die **„Zahlungseinstellung"** erfolgt ist, wird vom Konkursgerichte (abweichend von P.) nicht ein für allemal bestimmt. Insoweit dieser Zeitpunkt für eine Anfechtung erheblich ist, bleibt es den Betheiligten überlassen, den Zeitpunkt nachzuweisen, ohne Rücksicht darauf, ob hierauf in verschiedenen Prozessen verschiedene Zeitpunkte behauptet oder nachgewiesen werden. Anm. zu § 108. Mot. zu §§ 100, 26 a. K.O. Für die Anfechtungen auf Grund der §§ 30, 50, § 55 Nr. 3, § 56 ist dabei § 33 zu beachten. Die Entscheidung darüber, welcher Zeitpunkt als der einer erfolgten Zahlungseinstellung zu erachten ist, hat stets das Prozeßgericht zu treffen und ist dabei an die Ansicht des K.Gerichts, das etwa einen früheren Antrag auf K.Eröffnung wegen mangelnden Beweises der Zahlungseinstellung zurückgewiesen und erst auf weitere Anträge einen späteren Termin als nachgewiesen angenommen hat, nicht gebunden. A.M. Stieglitz S. 132. Zu berücksichtigen ist nur eine für den jetzigen Konkurs ursachliche Zahlungseinstellung; hat nach Beseitigung einer Zahlungseinstellung erst eine erneute Zahlungseinstellung zum Konkurse geführt, so ist die frühere nicht zu berücksichtigen. RG. 4. April 1882, JW. 143. Die Vermuthung des § 7 Abs. 3 ist (gegen Völderndorff I, 269) hier nicht analog anzuwenden. In Betreff der Beweisführung für eine Zahlungseinstellung und deren Kenntniß vgl. Vorb. vor § 102. Anm. 9, 11, 17 zu § 30.

7) Neben dem Anfechtungsrechte der K.O. besteht **das Anfechtungsrecht des § 342 des Handelsgesetzbuches**, das durch § 3 Abs. 1 E.G. zu K.O. in Geltung erhalten ist. Es ist den K.Gläubigern eines Handelsgewerbetreibenden gegenüber einem stillen Gesellschafter mit Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse solcher Gesellschaften eingeräumt. Auch dies Anfechtungsrecht wird vom K.Verwalter geltend gemacht, was im neuen H.G.B. ausdrücklich gesagt ist, aber auch früher schon angenommen wurde. RG. 27, 12; 30, 33; 31, 373. Geltendmachung und Wirkung der Anfechtung sollen der Vorschrift der K.O. unterworfen sein. § 342 Abs. 3. Der im Abs. 2 gestattete Gegenbeweis ist nur für die Anfechtung aus § 342 H.G.B. nicht für die aus den § 30 ff. K.O. anwendbar. Vgl. auch Anm. zu § 51. Motiv 464 zu E.G. § 3, Prot. 133, 134.

8) Im Uebrigen sind neben den Anfechtungsrechten, welche die K.O. gewährt, **landesgesetzliche Bestimmungen über eine Anfechtung im Konkurse**, d. h. der Rechtshandlungen eines im Konkurse befindlichen G.Schuldners hinsichtlich der K.Masse nicht aufrecht erhalten, sondern durch die K.O. beseitigt. Prot. 20. Die K.Anfechtung ist anwendbar ohne Rücksicht darauf, ob der Gegner ein K.Gläubiger oder ein Absonderungsberechtigter oder gar kein Gläubiger des G.Schuldners ist. Wegen der Anfechtung betreffs des ausländischen Vermögens vgl. Einl. § 4 u. Kohler § 117. Ueber die Anwendung der K.O. auf die Anfechtung von Rechtshandlungen, die vor der K.O. erfolgt sind, vgl. E.G. § 9.

9) **Die Anfechtung nach bürgerlichem Recht** ist in Voraussetzung und Wirkung von der Konkursanfechtung verschieden. Sie kann gemäß B.G.B. §§ 119 ff., 1332 ff., 1350, 2078 f., 123 ff. wegen Irrthums, Betrug oder Drohung erfolgen und zerstört den Bestand des Geschäftes, weil diesem die wesentliche Voraussetzung des wirklichen oder freien Willens fehlt, während weiter unten Anm. 11 zu § 29 auseinanderzusetzen sein wird, daß die Konkursanfechtung ein an sich gültiges Geschäft in seiner Wirksamkeit gegenüber den K.Gläubigern trifft. Wegen der Uebereinstimmung der Anfechtung der K.O. mit der des bürgerlichen Rechts in Bezug auf Form und Zeit der Geltendmachung vgl. Anm. 14 zu § 29 und § 41.

10) Weiterhin gänzlich verschieden von der K.Anfechtung ist der Angriff auf die Rechtsgültigkeit eines Rechtsgeschäfts, der sich darauf gründet, daß dieses **nur zum Schein**

Digitized by Google

geschlossen sei. Nach dem Sprachgebrauch des bürgerlichen Rechts scheint es überhaupt nicht mehr zulässig, einen solchen Angriff mit dem Worte Anfechtung zu bezeichnen, wie dies in den früheren Auflagen dieses Buches noch geschehen ist. Ein der Anfechtung unterworfenes Rechtsgeschäft leidet zwar stets von Anfang an an einem seine Wirksamkeit oder seinen Bestand gefährdenden Mangel, es besteht aber so lange, als es nicht vom durch das Gesetz dazu Berechtigtem angefochten ist, und bleibt bestehen, wenn die Anfechtung nicht in der gesetzlich bestimmten Frist erfolgt. (§ 41 K.O. §§ 121, 124, 1339, 1350, 2082 B.G.B.) Nur diese zur Beseitigung der Wirksamkeit oder des Bestandes des Rechtsgeschäfts erforderliche Thätigkeit, die nur bestimmten gesetzlich bezeichneten Personen zusteht, darf Anfechtung genannt werden. Ein nur zum Schein geschlossenes Rechtsgeschäft dagegen ist ohne Weiteres nichtig (§ 117 B.G.B.), ein Jeder darf sich ohne Weiteres ihm gegenüber so verhalten, als wenn es nicht geschlossen worden wäre. Daher kann das Scheingeschäft namentlich von Gläubigern eines Kontrahenten als nichtig behandelt werden, sie sind berechtigt, die an den Mitkontrahenten durch ein zum Schein geschlossenes Geschäft gelangten Sachen oder Rechte als die ihres Schuldners zu behaupten und zu behandeln. Dem Geschäftsgenossen, dem Scheinrechte eingeräumt sind, kann gegen seinen Versuch, diese Rechte gegen Dritte geltend zu machen, von Jedem, der ein Interesse an der Unterschiebung eines neuen Gläubigers hat, die Einrede des Scheingeschäfts entgegengesetzt werden. Für den einzelnen Gläubiger genügt gegenüber dem Mitkontrahenten seines Schuldners bei Einklagung einer überwiesenen, zum Schein erlassenen oder sonst getilgten Forderung gegen die Einrede aus dem Scheingeschäfte die Replik der Simulation. Will der Gläubiger von Jenem die Herausgabe eines Vermögensgegenstandes zur Z.V. auf Grund der Simulation verlangen, so wird er gegenüber der Bestreitung der Simulation (mit Eccius 1, § 32, Anm. 9; § 114, Anm. 41, und in Raff.K. 34, 151) gemäß C.P.O. §§ 835, 847 zu seiner formellen Legitimation den Anspruch des Schuldners auf Rückgewähr pfänden und sich überweisen lassen müssen, und es mag dann noch nicht genügen, daß er selbst rechtskräftig eine Forderung gegen den Schuldner erstritten hat. Für den K.Verwalter jedoch ist dies zur Geltendmachung der Simulation in keinem Falle nöthig, da er nach §§ 6, 117 KO. an Stelle des G.Schuldners dessen Ansprüche geltend machen kann, ohne einer Ueberweisung zu bedürfen. Vgl. RG. 4, 252, 25, 207; 13. Dezbr. 1879, 13. Jan. 1880, 21. Juli, 18. Sept. 1882, Raff.K. 24, 546 u. 1022; 27, 467, 1034; 12. April 1881, Wallm. D. Jur. 5, 628; 14. Nov. 1889, J.W. 519 bis 521; 2. Febr. 1891, Raff.K. 35, 900; J.W. 149; 14. Mai 1891, Raff.K. 36, 990; J.W. 304; 27. Okt. 1894, J.W. 581; Obtr. 10, 359; Eccius 1, § 32; Kuhlenbeck J.W. 1895 S. 617; Dernburg 1, § 104; Rocholl Rechtsf. S. 207, 222 (abw. Korn S. 206 ff.; Neffel, Raff.K. 28, 160 ff.). Die Mot. 131 erklären deshalb, daß der Simulation gegenüber für Anfechtung kein Raum sei. Dem kann jedoch nicht beigetreten werden. Immerhin ist die Erklärung und Benutzung des Scheingeschäfts eine existente und benachtheiligende Rechtshandlung; und nach den §§ 29 ff. und dem Ges. v. 21. Juli 1879 anfechtbar. A.M. Eccius 1, § 114 Anm. 41; Rocholl J.W. 1883, S. 46, 47, Abdruck in Rocholl's Rechtsfällen 1, 479 ff.; Neffel Raff.-K. 28,135 ff.; Otto S. 26, 27; Fitting § 15 Nr. 2, Jäckel S. 7 ff. Daß nur giltige, nicht simulierte Geschäfte der K.Anfechtung unterliegen, hat in den Gesetzen keinen Ausdruck erhalten, und da die simulirt erklärten Geschäfte und deren Benutzung ihre thatsächliche Wirkung haben, ist ihre Anfechtung keineswegs gegenstandslos. Zu beachten ist auch, daß der Anspruch aus der Simulation mit Einreden aus der Person des G.Schuldners behaftet sein kann, der Anfechtungsanspruch dagegen nicht. Es ist deshalb zulässig und rathsam, in derselben Klage unter Berücksichtigung der verschiedenen Wirkungen in erster Linie die Simulation als Klagegrund zu behaupten, zugleich aber auch anzufechten. Vgl. Petersen-Kleinfeller Anm. I. 2 zu § 29 u. in Busch 10, 34; Cosack S. 51—54; Sarwey-Bossert Anm. 2; Kohler S. 217; Jäckel S. 7; Jäger Anm. 36 zu § 29; RG. 32, 230; 50, 121; 5. März u. 18. Nov. 1892 in Raff.-K. 27, 1082 ff.; dagegen abw. RG. 8. Febr. 1887, J.W. S. 96. Das von Eccius, Raff.-K. 34, 151 entgegengehaltene Beispiel beweist nichts dagegen; es betrifft nur das Verhältniß des An-

Digitized by Google

fechtungsgegners gegenüber mehreren Personen, von denen eine den Anfechtungsanspruch, die andere auf Grund einer Ueberweisung das nur zum Schein veräußerten Recht des Schuldners verfolgt. — Ueber die Zulässigkeit, einen wirthschaftlich statthaften Zweck durch ein ernstlich gewolltes weitergreifendes Mittel (Sicherung durch Cession oder Eigenthumsübertragung) zu erreichen, vgl. R.O.H. 6, 45; RG. 2, 168, 173; 4. Dezbr. 1886, J.W. 1887 S. 21; Eccius 1, § 32; über s. g. Geschäft ein fraudem legis Hellwig im civil. Arch. 64, 369 ff., 373 ff. u. Eccius 1, § 32 Anm. 6.

§ 29. (22.)

Rechtshandlungen, welche vor der Eröffnung des Konkursverfahrens vorgenommen sind, können als den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen angefochten werden.

E. I. 27. P. 99. 110.

1. Rechtshandlungen.
2. Wessen Rechtshandlungen.
3. Zwangsvollstreckungen und Pfändungen.
4. Vor der K.Eröffnung.
5. Benachtheiligung der K.Gläubiger als Voraussetzung der Anfechtung.
6. Zeitpunkt der Benachtheiligung.
7. Ablehnung eines Erwerbes.
8. Bedingte Ansprüche.
9. Rechtshandlungen und Rechte.
10. Gemeinschaftliche Rechte des G.Schuldners und Dritter.
11. Wirkung der Anfechtung.
12. Verhältniß des G.Schuldners zum Anfechtungsgegner.
13. Verhältniß Dritter zum Anfechtungsgegner.
14. Vornahme der Anfechtung.
15. Rechtsbehelfe der Anfechtung.
16. Formen der Rechtsbehelfe gegen Zwangsvollstreckungen.
17. Begründung der Klage.
18. Anfechtungsgegner.
19. Gerichtsstand.
20. Kollusionen örtlicher Rechte.
21. Kollusionen zeitlicher Rechte.

1) Nur „**Rechtshandlungen**" sind anfechtbar; dazu gehören begrifflich alle Handlungen, die für die Entstehung, Erhaltung, Aenderung oder Aufhebung von Rechten eine Bedeutung haben, quaecunque gesta erunt. Aus dem K.Zwecke (§ 3), der Beschränkung der Anfechtbarkeit („den K.Gläubigern gegenüber") und der Wirkung (Restitution zur Masse, § 37) folgt, daß nur Rechtshandlungen in Betracht kommen, die Vermögensrechte betreffen und zwar sich auf die K.Masse beziehen. In dieser Beziehung gilt, was in Anm. 1 zu § 7 bemerkt ist.

Unter *Handlung* im rechtlichen Sinne ist jedes Verhalten zu verstehen, an das die Rechtsordnung Rechtsfolgen knüpft, mag dies Verhalten im gewöhnlichen Sprachgebrauch nun mit Handeln, Stillschweigen oder Unterlassen bezeichnet werden. Nur ergeben die folgenden Paragraphen, die diesem gleichsam nur eine Ueberschrift bietenden § 29 erst Bedeutung und Inhalt verleihen, daß das Verhalten bewußt und die von der Rechtsordnung bestimmte Folge gewollt sein muß. Hiernach entscheidet sich, ohne daß auf die unfruchtbare Unterscheidung von Handeln und Unterlassen eingegangen zu werden braucht, in jedem einzelnen Falle, ob eine „anfechtbare Rechtshandlung" vorliegt oder nicht. So ist z. B. die Versäumniß einer Rechtsmittelfrist, die auf einem Versehen des Prozeßvertreters beruht, keine anfechtbare Rechtshandlung, wohl aber das Nichteinlegen der Berufung, wenn dadurch erreicht werden soll, daß der Gegner ein rechtskräftiges Urtheil erhält; ebenso jedes andere dolose Unterlassen der Vertheidigung (R.G. 6 367); und ebenso ist bewußtes Verjährenlassen eine anfechtbare Rechtshandlung. — Ueber die Bedeutung des Stillschweigens als Erklärung s. B.G.B. §§ 151 (Vertragsannahme), 612, 632, 653, 689 (Vereinbarung einer Vergütung bei Dienst-, Werk-, Mäkler- und Verwahrungs-Vertrag), 568, 581 Abs. 2, 625, 724 (Fortsetzung des Mieth-, Pacht- und Dienst-Verhältnisses und der Gesellschaft), vgl. Fritze, stillschweigende Willenserklärung im Arch. f. Bürg. Recht Bd. 14 S. 181 ff. und Korte, Vertragslehre im B.G.B. Differt. Im alten Recht s. A.L.R. I. 4 § 58; R.O.H.G. 9, 412; 13, 439; 14, 371; 16, 40, 131, 155; 17, 394. Im Wesentlichen zustimmend: Cosack S. 48 ff.; Dernburg 2, § 128 Anm. 3; Endemann S. 233; Fitting § 15 Nr. 2; Fuchs S. 45; Frohwann S. 4; Grützmann S. 116 ff.; Hartmann S. 38 ff.; Jaeckel S. 66 ff.; Petersen-Kleinfeller Anm. I. 3; Sarwey Anm. 1. — A.M. Mandry Geib S. 542 ff.; Kohler S. 217, 218 unrichtig auf Unterlassung von Handlungen, welche mit Verletzung einer Pflicht verbunden sind, beschränkend. Otto

Digitized by Google

S. 38 ff., 46, 48 will jede Unterlassung von Konservativ-Akten durch den Gesetzausdruck einbegriffen wissen. Verfehlt ist die Unterscheidung (Völderndorff Anm. a. S. 308) nach der Zeitdauer der Unthätigkeit. Harburger, J.W. 1885, S. 393—398 verlegt den Schwerpunkt der Anfechtung unrichtig in die Thätigkeit des Erwerbers unter Benutzung des Unterlassens des Schuldners.

2) **Wessen Rechtshandlungen** der Anfechtung unterliegen, ergiebt sich aus den einzelnen folgenden Paragraphen dieses Titels. Nach §§ 30 Nr. 1 Satz 1, 31, 32 müssen es Handlungen des G.Schuldners sein, für die Fälle der §§ 30 Nr. 1 Satz 2, Nr. 2, 34, 50, 55 ist dies nicht erforderlich.

Insoweit es sich um Rechtshandlungen des G.Schuldners handelt, sind, abgesehen von dem Unterschiede der Zeit der Handlung (nach oder vor der K.Eröffnung), Begriff und Umfang der Rechtshandlungen dieselben wie für § 7 und ist objektiv anfechtbar, was wenn nach der K.Eröffnung geschehen nach § 7 „unwirksam" wäre; insbesondere Verträge, Rechtsgeschäfte, Verpflichtungen, Zahlungen, Leistungen, Verzichte, Anerkenntnisse. (Ueber Anfechtung von Aufrechnungen vgl. Anm. zu § 55.)

Als Handlung des G.Schuldners gilt auch hier wie bei § 7 (vgl. Anm. 2 zu § 7) die Handlung eines Bevollmächtigten (§ 164 B.G.B.). Desgleichen eines negotiorum gestor, wenn der G.Schuldner dessen Handlung genehmigt hat, — andernfalls ist sie schon ohne Anfechtung für und gegen ihn unwirksam. R.O.H.G. 2, 303. §§ 177, 178 B.G.B. Ebenso kann der andere Theil durch einen Bevollmächtigten handeln und auch hier gelten dessen Handlungen als Handlungen des Vertretenen. Die Folgen dieses Satzes für alle Fälle, wo es auf die Kenntniß des andern Theils von einer Thatsache ankommt, werden bei den einzelnen Anfechtungsfällen zu ziehen sein. S. Anm. 12 zu § 30; vgl. über den Einfluß des Handelns eines Vertreters Meisner, Raff.K. 32, 474 ff.

3) **Zwangsvollstreckungen und Pfändungen** sind an sich niemals Handlungen der Exequenden, der Gerichtsvollzieher oder das Gericht handeln vielmehr kraft Amtes und der Gerichtsvollzieher ist Beauftragter des Gläubigers. Die Pfändung kann aber zugleich eine Rechtshandlung des Schuldners enthalten, wenn dieser Pfandgegenstände andern Gläubigern verheimlicht, um sie grade für den Zugriff des begünstigten Gläubigers bereit zu halten. **RG. 47**, 225. Im Uebrigen kann jedoch der citirten Entscheidung (S. 223 ff.) nicht beigetreten werden. Als eine Thätigkeit des Schuldners bei der Pfändung ist es nicht anzusehen, wenn er den einen Gläubiger von der bevorstehenden Pfändung durch Andre benachrichtigt, und ganz gewiß nicht, wenn er dem Gläubiger beschleunigt einen Vollstreckungstitel gewährt hat. Denn wenn auch seine Absicht darauf gerichtet war, durch die vorauszusehende Pfändung seinen Gläubigern Vermögensvortheile zu entziehen, so wird dadurch doch die auf obrigkeitlicher Gewalt beruhende Handlung des Gerichts oder des Gerichtsvollziehers niemals *seine* Handlung. Vgl. Fitting § 15 Anm. 13, Grützmann S. 156; Cosack S. 89 ff., Jäger Anm. 30 zu § 29, R.G. 10. März 1890, J.W. 160 gegen Motive 120. Praktisch kann diese Frage übrigens nur in zwei Fällen werden. Erstens wenn die an sich anfechtbare Gewährung des Vollstreckungstitels durch Zeitablauf der Anfechtung entzogen ist, während die Pfändung selbst noch in die Anfechtungsperiode fällt. Ist die Gewährung des Titels anfechtbar, so fällt mit ihm auch die auf ihm beruhende Vollstreckung. Zweitens aber ist der Fall denkbar, daß die für die Anfechtung erforderliche Kenntniß des Anfechtungsgegners von der Benachtheiligungsabsicht des Schuldners für die Zeit der Gewährung des Vollstreckungstitels nicht, wohl aber für die Zeit der Pfändung nachweisbar ist. Diese Kenntniß schadet aber dem Anfechtungsgegner nicht mehr, weil er nur von einem fehlerlos erworbenen Rechte Gebrauch macht.

4) **Vor der K.Eröffnung** müssen die Rechtshandlungen vorgenommen sein, die nach der Eröffnung durch den G.Schuldner vorgenommenen Rechtshandlungen sind nach § 7 auch ohne Anfechtung den K.Gläubigern gegenüber unwirksam. Vergleiche jedoch § 42, nach dem die Anfechtungsvorschriften für solche Rechtshandlungen dann gelten, wenn sie mit Rücksicht auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs trotz § 7 wirksam sind. — Die Rechtshandlungen müssen aber auch „*vorgenommen*", nicht blos eingeleitet oder

Digitized by Google

vorbereitet sein. Ueber den Moment der Vornahme von Rechtshandlungen, zu deren Wirksamkeit eine Eintragung ins Grundbuch gehört vgl. § 873 B.G.B.; zu dem früheren Recht vgl. **RG. 4**, 324; **9**, 69, 70; **33**, 320. In Betreff der Zeit vgl. die Vermuthung in § 7 Abs. 3.

5) **Die Rechtshandlung muß** ferner, um der Anfechtung zu unterliegen, **den K.Gläubigern nachtheilig sein**, d. h. das zur Befriedigung der K.Gläubiger dienende Vermögen, die Konkurs-Masse, (durch Schmälerung der Aktivmasse oder Erhöhung der Passivmasse) vermindern. Reicht die K.Masse zur vollständigen Befriedigung aller Gläubiger aus und ist sie zur Befriedigung bereit, so ist die Anfechtung ausgeschlossen, und wenn die Anfechtung zum Zwecke dieser Befriedigung nur theilweise nothwendig ist, so ist sie auch nur theilweise zulässig, so daß der Anfechtungsgegner nicht mehr herauszugeben braucht, als zur vollständigen Befriedigung nothwendig ist. Ebenso ausschließend wirkt der Umstand, daß die Anfechtung eine besseren Befriedigung der K.Gläubiger nicht zur Folge haben kann, weil z. B. der herauszugebende Gegenstand im vollen Umfange zur Befriedigung absonderungsberechtigter Gläubiger dienen muß. Dies folgt aus dem Zwecke der Anfechtung, der zugleich ihr Grund ist. **RG. 14**, 313; **15** 62; **39**, 92; 5. Okt. 1894 J.W. 547 Nr. 15, 17; 3. Jan. 1895 J.W. 83. Zu dem Nachweise der Benachtheiligung, der zur Begründung des Anfechtungsanspruchs gehört, genügt es aber, daß ein Vermögensstück ohne hinreichenden Ersatz aus dem Vermögen des G.Schuldners entfernt oder eine Verpflichtung des G.Schuldners begründet ist, die besonderen Umstände vorzubringen und zu beweisen, die eine Benachtheiligung ausschließen, ist dann Sache des Anfechtungsgegners. Für die Möglichkeit, alle Gläubiger aus der K.Masse zu befriedigen, kommen alle K.Gläubiger nicht blos die angemeldeten und bereits bekannten in Betracht.

Nicht erforderlich aber ist (wie Otto S. 190, 191 will, vgl. dagegen Fitting § 15 zu § 1, Grützmann S. 101 ff.) der weitere Nachweis, daß nicht nur Zulänglichkeit des Vermögens, sondern auch keine Zahlungsunfähigkeit vorhanden gewesen sei. Die Schädigung der Gläubiger, die darin liegt, daß sie nicht schon früher befriedigt wurden, daß also zeitige Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 102 vorhanden war, kann und soll nicht durch die Anfechtung geheilt werden. Wenn der Gläubiger alles erhält, was er im Konkurse erhalten kann, so sind damit seine Rechte für den Konkurs erschöpft und er (der Verwalter für ihn) kann nicht noch ein K.Mittel geltend machen, um noch mehr zu erhalten. Vgl. Fitting § 18 Anm. 1. Abw. gegen jede theoretische Zulassung des Einwandes Cosack S. 45, 63, 64; Petersen-Kleinfeller Anm. 4 zu § 24 (alte K.O.) S. 134.

Die Anfechtung, für die insofern die Benachtheiligung nach dem Zeitpunkte der K.Eröffnung zu beurtheilen ist, **RG.** 14. Juni 1894, J.W. 429, wird nicht dadurch gehindert, daß die jetzigen K.Gläubiger nicht schon zur Zeit der Handlung Gläubiger des Schuldners waren, da ihre Schädigung darin beruht, daß die jetzige anderweite K.Masse zu ihrer Befriedigung nicht ausreicht. **RG. 15**, 62; 17. März 1885, J.W. S. 159. Gegen die unzutreffende Berücksichtigung des Umstandes, daß die Forderung erst nach der Rechtshandlung entstanden war, in **RG.** (Senat 2), **13**, 166, vgl. die spätere Entscheidung **RG. 26**, 11; Petersen-Kleinfeller Anm. II. 1; Hartmann S. 83. Es ist auch nicht als allgemeines Erforderniß aufgestellt, daß das Vermögen des Schuldners zur Zeit der Handlung unzulänglich gewesen oder durch die Handlung unzulänglich geworden ist, **RG.** 4. April 1882 (J.W. 143, Wallm., D. Jur. 7, 349.

Als Beispiele der Benachtheiligung seien genannt: Die Eintragung einer Hypothek auf das Grundstück des Schuldners, wenngleich für eine schon bestehende Schuld, sowie jede andere Pfandbestellung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners R.G. 24. Februar 1882, Wallm., D. Jur. 7, 186; 13. Oct. 1885, Bolze 2, Nr. 590; 28. Oct. 1886, Bolze 3, 378 — Ueber die Wirkung der Anfechtung einer Hypothek vgl. Anm. 8 c. zu § 37 —; ferner die Wechselausstellung vgl. Anm. 9, Abschluß eines ungebührlich langen Miethsvertrages, weil durch ihn die Möglichkeit einer besseren Vermiethung ausgeschlossen und dadurch der Verkauf des vermietheten Hauses erschwert ist, RG. 24. April 1895. Bolze **20**, Nr. 208; Umtausch eines Gegenstandes in einen anderen schwer verwerthbaren; Hingabe an Zahlungs-

Digitized by Google

statt RG. 6, 46. (Vgl. Jäger Anm. 33 zu § 29.) Ferner liegt eine Verkürzung der Gläubiger auch schon in der Uebernahme einer Verpflichtung, auch wenn dafür bisher noch nichts vom Vermögen ausgeschieden ist; es genügt, daß dies geschehen muß, sobald die Verpflichtung geltend gemacht wird.

Ist die benachtheiligende Wirkung schon wieder dadurch beseitigt, daß der Gegenstand zur Masse oder den Gläubigern wieder zugeführt ist, oder andere Gläubiger damit befriedigt sind, so bleibt für die Anfechtung kein Raum mehr. RG. 14, 311.

6) **Als Zeitpunkt der Benachtheiligung** kommt die Zeit der Vornahme der Rechtshandlung nur in den Fällen der §§ 30 N. 1 Satz 1 und 31 N. 2 in Betracht, in denen schon durch die Eingehung des Rechtsgeschäfts die Gläubiger benachtheiligt sein müssen, vgl. Anm. 15 zu § 30. In allen anderen Fällen ist es im Allgemeinen unerheblich, ob das zur Zeit der Handlung vorhandene Vermögen des Schuldners durch die Handlung vermindert wurde, ob also bei lästigen Veräußerungen das Aequivalent weniger werth war, als das Veräußerte, und eine Gleichheit des Werths schließt die Anfechtbarkeit nicht aus, Mot. 108, 109, 135; das Gegentheil kann nur für den Beweis der dolosen Absicht und der Kenntniß davon erheblich sein. Jedes Aufgeben eines Vermögensbestandtheils (Vermögensentäußerung) ist an sich anfechtbar; (Cession der Rechte aus einer Lebensversicherung, RG. 18. Mai 1887, Rass.K. 31, 1119); es ist nur dann keine Entäußerung für die Masse, wenn sich der Werth dafür in der Istmasse befindet und dies muß der A.Gegner einwenden. RG. 10, 8; 19. Nov. 1885, J.W. 1886 S. 14. Hat der Schuldner eine Sache, wenngleich zum entsprechenden Werthe, gegen §§ 30—32 verkauft, und befindet sich der Werth, wenngleich der Käufer bezahlt hat, nicht in der K.Masse, so ist diese vermindert. Eines besonderen Beweises für solche Benachtheiligung bedarf es daher nicht. Für die Anfechtung genügt es in dieser Beziehung, daß der G.Schuldner Vermögensstücke besaß und veräußerte, ohne daß sich der Werth in der Masse oder für die Gläubiger verwerthbar findet. Vgl. Cosack S. 59—66. Jäger Anm. 32 zu § 29.

7) **Ein Verhalten des Schuldners, das sich als die Ablehnung eines Erwerbes** darstellt, begründet keine Anfechtung, auch dann nicht, wenn das Ablehnen des Erwerbs nicht durch ein bloßes Unterlassen, sondern durch eine Rechtshandlung (Erklärung) erfolgt. Es ist in keinem Momente ein zur Befriedigung der Gläubiger verwendbares Mittel vorhanden gewesen, ihnen also auch nicht entzogen. Mot. 116. Die Voraussetzung des § 37, daß aus dem Vermögnen des G.Schuldners etwas weggegeben war, fehlt, wenn zur Zeit der anfechtbaren Handlung noch nichts im Vermögen des G.Schuldners war. Vgl. Cosack S. 66—75. Die Ablehnung einer angebotenen Schenkung, so wie die einer noch nicht erworbenen Erbschaft, kann daher nicht angefochten werden, RG. 17. Dezbr. 1881; Rass.K. 26, 828; 5. Mai 1891, J.W. 341; Grützmann S. 112. Ob etwas als noch nicht erworben anzusehen ist, und ob insbesondere der Anfall von Erbschaften und Legaten einen wenngleich nur bedingten Erwerb oder bloß die Möglichkeit eines Erwerbes bedeutet, bleibt nach dem bürgerlichen Rechte zu beurtheilen. Wo also das bürgerliche Recht in der Unterlassung der gemeinrechtlichen hereditatis aditio oder in der Erbschaftsablehnung des heres necessarius und des Legatars nur ein nolle acquirere findet, ist dies nicht anfechtbar. RG. 22. Mai 1890; J.W. 237; Rass.K. 34, 1192. Soweit die K.O.N. und mit ihr § 9 K.O. Anwendung findet, ist darüber hinaus die Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses unter allen Umständen der Anfechtung entzogen, obgleich nach B.G.B. §§ 1542, 2176 der Erbe die Erbschaft mit dem Anfall erwirbt. Steht die Annahme oder Ausschlagung nur dem G.Schuldner zu, so würde er im Falle der Anfechtung der Ausschlagung immer von Neuem ausschlagen können. Das Gleiche gilt nach § 9 für die Ablehnung der fortgesetzten Gütergemeinschaft. Für die Ausschlagung der nach dem preußischen und französischen Recht mit dem Anfall erworbenen Erbschaft (A.L.St. §§ 367 ff. I. 9 code Art. 724) wurde früher die Anfechtung zugelassen. RG. 28, 136.)

8) **Bedingte Ansprüche** und zwar auch die durch den Willen des G.Schuldners potestativ-bedingten Ansprüche sind bereits Bestandtheile des Vermögens, nicht nur die

Digitized by Google

aufhebend-bedingten, sondern auch die aufschiebend-bedingten; vgl. Anm. 6 zu § 1. Das Nichterfüllen der potestativen Bedingung enthält also das Aufgeben eines Rechts und ist unter der Voraussetzung anfechtbar, daß es sich nicht um ein rein persönliches, sondern um ein der Verfügung des Verwalters unterliegendes Recht handelt.

9) Nur gegen die **Rechtshandlung** des G.Schuldners und deren Wirksamkeit kann sich (abgesehen von den in A. 1 bezeichneten Ausnahmefällen) die Anfechtung richten; nicht gegen **Rechte**, die durch die Unwirksamkeit der Handlung des Schuldners den K.Gläubigern gegenüber noch nicht beseitigt werden. In der Uebernahme einer Wechselverpflichtung seitens des G.Schuldners liegt eine Vermögensbenachtheilung, die daher beim Vorhandensein der sonstigen Voraussetzungen angefochten werden kann. Dem Anfechtungsgegner bleibt indeß unbenommen, durch das Zurückgehen auf das der Entstehung der Wechselverpflichtung zu Grunde liegende Rechtsgeschäft nachzuweisen, daß eine Benachtheiligung nicht stattgefunden hat, die Verpflichtung für eine unanfechtbare Schuld oder in Folge eines unanfechtbaren Rechtsgeschäfts übernommen ist. Dies ist Sache der Einrede. Der klagende Verwalter braucht zur Begründung der Anfechtung nicht ein der Wechselverpflichtung zu Grunde liegendes Rechtsgeschäft nachzuweisen; ein solches Erforderniß würde die Anfechtung thatsächlich leicht illusorisch machen, zumal wenn der Wechsel ohne Grund und ohne Gegenleistung gegeben wäre, während doch für das Gegentheil keine Vermuthung besteht. **RG. 26**, 74. Uebrigens ist nicht das Niederschreiben eines Wechselaccepts (gegen Völderndorff **1**, 318) eine Rechtshandlung, sondern der Akt, durch den das Geschriebene einem Andern zur Benutzung überlassen wird. Vgl. Otto S. 57; Grützmann S. 167.

10) Soweit es sich um Rechtshandlungen **des G.Schuldners** handelt, sind dessen **Verfügungen über Sachen und Rechte, die ihm mit Andern gemeinschaftlich zustehen,** nur mit entsprechender Rücksicht auf seine Betheiligung anfechtbar; mit Wirkung für dessen Antheil, wenn für den Antheil und die Wirkung Theilbarkeit zulässig ist, Strieth. **12**, 166; ohne Wirkung für seinen Antheil, wenn auch bei Wegfall der Verfügung des G.Schuldners die gleiche Verfügung des Mitberechtigten allein verbindlich bleibt, § 126 H.G.B.; und mit voller Wirkung die gesammte Verfügung der Berechtigten aufhebend, wenn deren gemeinschaftliches Handeln nöthig war und bei Ungültigkeit der Handlung des G.Schuldners die Handlung des Andern allein keine verbindliche Verfügung enthält. R.O.H. **23**, 417.

11) **Wirkung der Anfechtung:** Relative „Unwirksamkeit den Konkursgläubigern gegenüber". Eine Nichtigkeit, wie nach englischem und theilweise nach französ. Rechte ist nicht angenommen, sondern nur eine durch Anfechtung zu erwirkende Ungültigkeit, und zwar nur eine relative den K.Gläubigern gegenüber. „Das Rechtsgeschäft bleibt, selbst wenn dessen Anfechtbarkeit richterlich ausgesprochen wird, als an sich gültig bestehen, und behält seine Wirkung unter den handelnden Theilen nach dem Inhalte des Geschäfts." Nur ist die Verfügung „den Gläubigern gegenüber wirkungslos, sie steht ihren Ansprüchen nicht entgegen, das vom G.Schuldner aufgegebene Objekt als noch zur K.Masse gehörig zu betrachten und zurückzuführen." Mot. 111, 112. Die Unwirksamkeit ist keine absolute, keine dinglich für oder gegen Jeden wirkende und keine Aufhebung aller Wirkungen ex tunc. Sie wirkt nur obligatorisch gegen den Anfechtungsgegner, an den eine Zuwendung aus dem Vermögen des Schuldners gemacht ist, so daß der Gegner sich nicht auf die Rechtshandlung berufen kann und das durch diese Entzogene zurückgewähren muß, § 37, **RG. 20**, 30: **25**, 63. So im Wesentlichen einstimmig die Literatur zu K.O. in der Fassung von 1877.

Nun hat sich gegen früher geändert, daß die Anfechtung nicht mehr durch die prozessuale Geltendmachung des im § 37 umschriebenen Anspruchs erfolgt, sondern in bewußter Uebereinstimmung mit der Vorschrift über Anfechtung im B.G.B. die Wirkung der Anfechtung einer formlosen Erklärung beigelegt ist, § 41. Daraus folgt aber nicht, daß mit der Anfechtung dieselben oder ähnliche Wirkungen eintreten, wie nach den Anfechtungen des B.G.B. Die Wirkungen sind in den unverändert gebliebenen Vorschriften der K.O. bestimmt und ebenso geblieben wie früher (Motive zur K.O. N. S. 35), A.M. sind

Digitized by Google

Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte § 58, und Wolff, K.O. S. 129, die die dingliche Wirkung der Anfechtung nach B.G.B. auch auf die Konkurs-Anfechtung ausdehnen wollen. Im Gegensatz zu ihnen sind der oben vertretenen Ansicht die übrigen Kommentatoren der K.O. Erheblich ist die Konstruktion in ihren praktischen Konsequenzen zunächst für die Frage, ob der K.Verwalter im Konkurse des Anfechtungsgegners aussonderungsberechtigt wird, was also zu verneinen ist, RG. 13, 5; 40, 6, sodann besonders für die Frage, wann für den Einzelgläubiger, der einen durch anfechtbares Rechtsgeschäft veräußerten Gegenstand gepfändet hat, ein Pfandrecht entsteht, ob er also im Konkurse seines Schuldners absonderungsberechtigt ist, wenn durch die K.Eröffnung der schwebende Anfechtungsprozeß unterbrochen worden ist. Hierüber vgl. Anm. 23 zu § 30. Endlich ist in gleicher Weise von der dinglichen oder persönlichen Wirkung der Anfechtung die Beantwortung der Frage abhängig, wer von mehreren pfändenden Einzelgläubigern das bessere Recht erlangt hat. Hierüber vgl. Anf.Ges. Anm. zu § 1. Vgl. auch A. 15 c.

Was infolge der Anfechtung der Anfechtungsgegner zu leisten hat, ergiebt sich aus § 37 ff. Vgl. besonders Anm. 5 bis 7 zu § 37.

12) Ueber das **Verhältniß des G.Schuldners zum Anfechtungsgegner** ist folgendes zu sagen: Während für den G.Schuldner als Eigenthümer der K.Masse sein Vertreter, der Verwalter, die entzogenen Gegenstände durch Anfechtung zurückzuschaffen und die Masse gegen Verletzungen zu schützen hat, bleibt gegenüber dem G.Schuldner persönlich, d. h. dem G.Schuldner, soweit er außerhalb des Konkursverfahrens betheiligt ist, der rechtliche Bestand der anfechtbaren Rechtshandlung durch die Anfechtung unberührt. „Hatte z. B. der G.Schuldner eine Sache verkauft, so wird zwar trotz des Verkaufs die Sache dem Käufer entwährt, das Kaufgeschäft aber bleibt, allerdings jetzt mit Gewährspflicht, zwischen Verkäufer und Käufer bestehen". Mot. 111, 112. Der G.Schuldner kann sich daher auch nach Beendigung des Konkurses nicht für sich gegenüber einem Gläubiger auf ein nur durch und für den Konkurs begründetes Anfechtungsrecht der §§ 29—42 berufen, um etwa Forderungen seines Gläubigers oder ein Pfandrecht, das für einen Dritten entstanden war, mit Rücksicht auf § 30 zu bestreiten. Ebenso kann er sich nach einer im Konkurse erfolgreich durchgeführten Anfechtung seiner Gewährs- oder Entschädigungspflicht, soweit sie sich nicht durch den dolus des Gegners erledigt, nicht deshalb entziehen, weil durch die Anfechtung die Rechtshandlung unwirksam geworden sei. Ihm selbst gegenüber werden seine Rechtshandlungen nicht unwirksam, sondern nur behufs der Zuführung entzogener Gegenstände zur K.Masse, § 37, im gemeinsamen Interesse der K.Gläubiger. Obtr. 73, 77. RG. 7, 35; 30, 404. (Abw. nach erfolgreicher Anfechtung Fitting § 18 Anm. 2.) In einem bei der Konkursbeendigung noch anhängigen Anfechtungsprozeß kann daher der G.Schuldner nicht für den Verwalter den Prozeß fortsetzend aus seinem Rechte die Anfechtungsgründe der §§ 30 ff. geltend machen; die angefochtenen Rechte des Anfechtungsgegners (so das Pfändungspfandrecht des Gegners) werden anfechtungsfrei. RG. 7, 35. — Formell hat der G.Schuldner in den Prozeß für seinen Vertreter hinsichtlich der Masse einzutreten, vgl. Anm. 1 zu § 36, Obtr. 75, 136 und den Prozeß hinsichtlich des noch zu entscheidenden Kostenpunktes fortzusetzen. (Abw. RG. 31, 43; 23. Febr. 1893, J.W. 253, von seinem Standpunkt ausgehend, daß der Verwalter zumal in Anfechtungsprozessen nicht Vertreter des G.Schuldners ist. Vgl. indeß auch hinsichtlich der Nothwendigkeit, über den Kostenpunkt zu entscheiden, RG. 31, 44 und Busch 19, 478.) Jedenfalls muß auch über den Prozeßeintritt durch Urtheil entschieden werden, was gegen eine Entscheidung durch Beschluß mittels der Beschwerde zu erwirken ist, RG. 32, 428. Dadurch, daß der vom Verwalter etwa mit vollem Rechte begonnene Anfechtungsprozeß nachträglich durch die K.Beendigung gegenstandslos wird, ist nicht gegeben, daß der Verwalter oder die Masse die bisher entstandenen Prozeßkosten zu tragen haben. Der Gegner hat durch die Beseitigung der Anfechtung und den Wegfall des Klagegrundes nicht obgesiegt, vielmehr ist mit der Aufrechterhaltung des Antrages auf Kostentragung des Gegners, vgl. C.P.O. § 268 Nr. 2, und (vgl. C.P.O. § 308 Abs. 2) mit der Erklärung, daß nur durch die K.Beendigung der Anfechtungsantrag in der Hauptsache erledigt sei, die Be-

Digitized by Google

hauptung vereinbar, daß der Gegner in der Sache habe unterliegen müssen, wenn sie nicht durch eine, nicht auf einem Rechte des Gegners beruhende, Beseitigung des Klageanspruchs erledigt wäre, und daß deshalb der Gegner, weil dessen bisheriger Widerspruch als unberechtigt zu erkennen ist, nach C.P.O. § 91 die Kosten zu tragen habe; er hat sie zu tragen, wenn dies begründet ist. — Bei unbedingter Zurücknahme der Klage ist C.P.O. § 271 anwendbar.

13) Ebensowenig wird das **Verhältniß dritter Personen,** die nicht K.Gläubiger sind, **zum Anfechtungsgegner** durch die Anfechtung berührt; denn nur den Konkursgläubigern gegenüber, in deren Interesse der Verwalter für die Masse auftritt (§ 36), findet die Anfechtung statt, d. h. sie wirkt nur zu Gunsten der K.Masse und der daran jetzt oder künftig theilnehmenden Gläubiger, RG. 20, 30; 25, 63. Das Anfechtungsrecht kann deshalb auch nur vom K.Verwalter ausgeübt (§ 36) und von diesem auch nicht an andere abgetreten werden, RG. 30, 72. Für Absonderungsberechtigte, die als solche nicht K.Gläubiger sind und für ihre Befriedigung außerhalb des K.Verfahrens zu sorgen haben, ist die Anfechtung auf Grund der §§ 29 ff. unzulässig. Prot. 21. Sie können nur nach dem Ges. v. 21. Juli 1879 anfechten. Ueber ihre Konkurrenz mit dem Verwalter bei der Anfechtung vgl. Anm. 2 zu § 36. Andererseits kommt das Ergebniß der Anfechtung des Verwalters auch nur der Masse zu Gute, nicht anderen dabei Mitbetheiligten, insbesondere nicht einem Absonderungsberechtigten. Wäre die erste Pfändung einer Sache des G.Schuldners für die Masse anfechtbar, eine Anschlußpfändung (C.P.O. § 826) dagegen nicht, so rückt daher bei erfolgreicher Anfechtung nicht etwa der nachpfändende Gläubiger nach, sondern für ihn bleibt sein Recht unverändert. Der aus dem Pfanderlöse auf den ersten Gläubiger fallende Betrag fließt zur K.Masse, und der Nachpfändende behält nur sein Recht an dem Ueberschusse. Wenngleich der Anfechtende im Verhältnisse zum Schuldner und zum Anfechtungsgegner nur den Wegfall der anfechtbaren Handlung als Wirkung fordern kann, so ist das Recht doch zugleich dadurch beeinflußt, daß nur zu Gunsten des Anfechtenden die anfechtbare Handlung nicht wirkt. Der mitinteressirte dritte Absonderungsberechtigte, der seinerseits die Handlung nicht anfechten kann oder will, hat keinen Anspruch auf eine Wirkung eines ihm nicht zustehenden Rechts. RG. 20, 29; 25, 63; 23. Jan. 1889, Rass.-K. 34, 893, J.W. 109; Eccius 1, § 114 zu Nr. 7; Keyßner deutsch. Handelsbl. 1880 S. 93. Gegen RG. in Rass.-K. 25, 111 betr. früheres preuß. R., vgl. Eccius a. a. O. Anm. 52.

14) **Die Anfechtung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner,** § 143 B.G.B. Sie ist ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft (vgl. Planck Anm. 1 zu § 143) und bringt den Anfechtungsanspruch zur Entstehung. Daß diese Vorschrift des B.G.B. auf die Konkursanfechtung Anwendung finden müsse, folgt zunächst aus der allgemeinen Erwägung, daß beide Anfechtungen insoweit dieselbe Wirkung haben, als sie ein an sich bestehendes Rechtsgeschäft in seiner Wirksamkeit ganz oder beschränkt beseitigen, sodann aber daraus, daß sie in § 41 in beabsichtigte Uebereinstimmung gebracht sind. Vgl. Anm. zu § 41. Es finden daher auf die Abgabe der Anfechtungserklärung auch die Vorschriften des § 130 ff. B.G.B. Anwendung. Die Erklärung kann formlos abgegeben werden. Die Bedenken, die hiergegen im Bundesrathe wie im Reichstage geltend gemacht sind, daß nach erfolgter Anfechtung ein Schwebezustand eintrete, der zur Rechtsunsicherheit führen müsse, sind durch den Hinweis auf die Anfechtung des B.G.B. und die Möglichkeit, von der andern Seite Feststellungsklage zu erheben zum Schweigen gebracht. Da die Erklärung der Anfechtung an keine Form gebunden ist, so kann sie auch durch Zustellung der den Anfechtungsanspruch verfolgenden Klage erfolgen.

15) **Die Rechtsbehelfe der Anfechtung** sind, wenn nicht außergerichtliches Einvernehmen des Verwalters mit den Betheiligten erfolgt, Einrede oder Klage. Mot. 112.

a) Für die Beseitigung anfechtbarer K.Forderungen wird in der Regel der Weg der **Einrede** genügen, besonders da nach § 41 die Einrede der Anfechtbarkeit des vorgenommenen Rechtsgeschäfts durch die Ausschlußfrist des § 41 nicht betroffen wird. Nach früherem Rechte mußte zur Beseitigung der Verjährung, § 41, die Einrede vor Ablauf der Verjährungs-

Digitized by Google

frist in mündlicher Verhandlung geltend gemacht sein, da die Vorbringung in vorbereitenden Schriftsätzen nach der C.P.O. hierzu noch nicht wirksam war, sondern nur das Vorbringen in mündlicher Verhandlung (sofern das Recht nicht durch Klageerhebung geltend gemacht war). Vgl. C.P.O. §§ 267, 281.

b) Die Verfolgung im Wege der **Klage** ist gegenüber einer anfechtbaren K.Forderung mit Rücksicht auf § 146 Abs. 6 dann nöthig, wenn ein vollstreckbarer Schuldtitel, ein Endurtheil oder ein Vollstreckungsbefehl vorliegt. Außerdem wird, sofern die Anfechtung nicht durch Anerkenntniß und freiwillige Erstattung erledigt wird, die Klage (auf Feststellung nach § 256 C.P.O., vgl Anm. 1, oder auf Leistung) nöthig, wenn ein Recht oder eine Sache veräußert ist.

c) Eine **Replik** der Anfechtung ist überall da zulässig, wo nicht die prozessualen Grundsätze über die Zulässigkeit der Klageänderung entgegenstehen, C.P.O. §§ 264, 269, 527. Ist eine Klage auf Herausgabe eines Gegenstandes zur K.Masse darauf gegründet, daß der Gegenstand dem G.Schuldner gehöre, und zeigt sich, daß der Gegenstand von dem G.Schuldner veräußert ist, so kann zwar die Veräußerung nach den allgemeinen Grundsätzen angefochten werden, aber die Herausgabe des Gegenstandes kann nur auf Grund des Anfechtungsanspruches gefordert werden; der Grund und unter Umständen auch der Gegenstand der Klage werden mit der Verfolgung dieses Anspruches geändert. Das veräußerte Eigenthum kann nicht zurückgefordert werden (vgl. Anm. 7 und 8c zu § 37.) Dagegen kann die neue Klage, z. B. wenn der Beklagte nicht mehr Besitzer ist, zu einer Verurtheilung führen, wenn die erste Klage versagen würde. Die Entscheidung auf die erste Klage würde auch für den G.Schuldner wirken, die auf die zweite Klage kommt ihm nicht zu Gute. Die in den früheren Auflagen vertretene abweichende Auffassung kann nicht aufrecht erhalten werden. Vergl. Sarwey-Bossert § 29 Anm. 3; Fitting § 17, Anm. 8; Grützmann S. 221, Anm. 704; Wach I., 589, Anm. 5; Hartmann S. 186; Jäger Anm. 42 zu § 29; andrer Ansicht **RG.** 27, 94; 12. Nov. 1891, Raff.K. 36, 464, J.M. 572; Petersen-Kleinfeller Anm. IV 19 zu § 29 und in Busch 10, 41; Stieglitz Anm. II., 3; Völderndorff Note 14 zu § 29; Otto S. 162, 163; Cosack S. 222, 223. Dagegen keine Klageänderung, wenn gegen eine zur K.Masse gehörende Forderung des G.Schuldners mit einer Forderung aufgerechnet werden soll und diese Gegenforderung angefochten wird; die Anfechtung der Gegenforderung macht keine Rückgewähr nothwendig, (vgl. Kohler, Civ.Arch. 81, 363). Ebenso, wenn Erlaß der Forderung eingewendet und der Erlaß angefochten wird (vgl. **RG.** 19, 202; 4. Nov. 96 Bolze 23, 241; Krasnopolski S. 84.) In diesem Falle kann die Rückgewähr nur durch Wiederherstellung der eingeklagten Forderung erfolgen, die demgemäß für die K.Masse als fortbestehend geltend zu machen ist.

16) Die **Formen der Rechtsbehelfe** zur Geltendmachung der Anfechtung gegen **Zwangsvollstreckungen** (unter der Voraussetzung natürlich, daß die gesetzlichen Voraussetzungen zur Anfechtung vorliegen, zur Berichtigung für Hölscher in Busch 6, 207) richten sich, abgesehen von einer selbständigen Klage, danach, ob der Verwalter hinsichtlich der Anfechtung als Vertreter des G.Schuldners oder der Gläubiger anzusehen ist. Im ersteren Falle stehen ihm die Rechtsbehelfe der C.P.O. § 767 ff. bez. 769, 770 zu Gebote. Als Vertreter der Gläubiger hätte der Verwalter nach § 771 C.P.O. zu verfahren. Auch wenn er als Vertreter des G.Schuldners anzusehen ist, würde es nicht bedenklich sein, mit Rücksicht auf die K.Modifikation der Vertretung und das, im Gegensatze zum G.Schuldner ausschließlich dem Verwalter beigelegte Anfechtungsrecht ihn als „Dritten im Sinne des § 771 anzusehen". Andererseits wird auch durch die Anfechtung einer Pfändung ein Recht geltend gemacht, das dem, vom pfändenden Gläubiger beanspruchten Rechte, als Absonderungsberechtigter veräußern zu dürfen, im Sinne des § 771 entgegensteht, weil es die Ausschließung dieses Rechtes verlangt. **RG.** 18, 394; 16. Jan. 1890, J.W. 68; 1. Mai 1893; J.W. 294; 24. Jan. 1894, J.W. 122; 18. Juni 1894 Raff.K. 38, 492, J.W. 427. A.M. Seuffert-Busch 20, 75. Die Anwendung des § 927 C.P.O. für den Verwalter lehnt das **RG.** 20, 361; 27. Okt. 1883, J.W. 1884 S. 48 ab, weil die Anfechtung auf den Rechten der Gläubiger, nicht des G.Schuldners beruhe. — Hinsichtlich der Sicherung von

Digitized by Google

Anfechtungsrechten durch einstweilige Verfügungen vgl. C.P.O. §§ 935 ff. u. bei Grundbuchvormerkungen §§ 883, 885 B.G.B. (früher §§ 18, 19 preuß. Ges. v. 24. März 1879.)

17) **Die Begründung des Anspruchs** ergiebt sich aus §§ 30—33, Ziel und Antrag aus §§ 37, 38, 40. Die verschiedenen Anfechtungsgründe der §§ 30, 31 Nr. 1 u. 2, 32 Nr. 1 u. 2, 40 sind je verschiedene Klagegründe; dagegen wird in dem Wechsel der Begründung aus § 30 Nr. 1 u. § 30 Nr. 2 eine Klageänderung nicht zu finden sein, vgl. Anm. 2 und 38 zu § 30. Hinsichtlich der Verschiedenheit der Gründe aus § 30 Nr. 2 und § 31 Nr. 1 bez. § 32 vgl. RG. 22, 389. Zulässig ist die Präjudizialklage mit dem Antrage: „anzuerkennen, daß die Rechtshandlung gegen die K.Gläubiger unwirksam sei", wenn die Voraussetzung des § 256 C.P.O., also das rechtliche Interesse an alsbaldiger Feststellung des Rechtsverhältnisses vorliegt. Dies Interesse wird vor dem Prüfungstermine, und hinsichtlich der nicht angemeldeten Forderungen überhaupt in der Regel fehlen, da die Anfechtungserklärung jeder Zeit abgegeben werden kann. Vgl. Stieglitz S. 128, 129 und Seuffert in Busch 9, 136. Abweichend betreffs der Zulässigkeit der Präjudizialklage § 9 Ges. vom 21. Juli 1879. Der Werth des Streitgegenstandes ist gemäß § 3 C.P.O. nach dem Ermessen des Prozeßgerichts festzusetzen. RG. 34, 404.

18) **Anfechtungsgegner** ist dem Zwecke des Anfechtungsrechtes gemäß nur der, „welchem gegenüber die anfechtbare Rechtshandlung vorgenommen ist," vgl. § 40 Abs. 2, der „Empfänger einer anfechtbaren Leistung," vgl. §§ 39, 37 Abs. 2, dem durch die Rechtshandlung die zurückzugewährende Zuwendung aus dem Vermögen des G.Schuldners gemacht ist, oder dessen Rechtsnachfolger, §§ 37, 40. Nur diese sind die Prozeßgegner. Mit Rücksicht auf den Anfechtungszweck ist eine Zuziehung des G.Schuldners zum Prozesse nicht nöthig und selbst durch die ihm fehlende Verfügungsbefugniß hinsichtlich der Masse und durch die rechtliche Unmöglichkeit, sein sonstiges Vermögen zur Masse zu beanspruchen, ausgeschlossen, sofern nicht besondere Umstände eine Klage gegen ihn rechtfertigen, RG. 35, 95. Vgl. Mot. 113, 114. Strieth 15, 196; 46, 204; 65, 150. Gruchot Beitr. 3, 273. Er kann also, wenn dennoch mitverklagt, seine mangelnde Passivlegitimation einwenden (was auch für die außerkonkursmäßige Anfechtung gilt). RG. 9. Juli 1895, J.W. 385. Die Ansicht von Fuchs S. 54 (u. Grützmann S. 208), daß der Verwalter die Anfechtungsklage gegen den G.Schuldner auch anstrengen könne, um dessen nach der K.Eröffnung erworbenes neues, zur Masse nicht gehöriges Vermögen anzugreifen, ist mit Recht von Küntzel, Gruchot Beitr. 21, 894 reprobirt. Der Verwalter vertritt den G.Schuldner nur hinsichtlich der Verfügung und Verwaltung der K.Masse und kann das neue Vermögen des G.Schuldners auch nicht indirekt (gegen § 1) zur K.Masse verwenden. Vgl. Otto S. 160; Fitting § 15 Anm. 14. Ist der G.Schuldner nach der K.Eröffnung Rechtsnachfolger des sonstigen Gegners geworden, so ist § 40 auch gegen ihn anwendbar. Es handelt sich dann nicht darum, die K.Masse über den konkursordnungsmäßigen Umfang durch Entschädigungsansprüche auf Kosten des konkursfreien Vermögens zu vermehren; sondern der K.O. gemäß der K.Masse zuzuführen, was schon der Dritte hätte leisten müssen, und der G.Schuldner gegenüber der K.Masse als konkursfreies Vermögen nicht erwerben durfte. RG. 25, 412; über den Fall, wo der G.Schuldner schon vor der K.Eröffnung Erbe des Anfechtungsgegners geworden ist, vgl. § 40, Anm. 2. — Der G.Schuldner kann folgerecht auch im Anfechtungsprozesse nicht interveniren, weder für, noch gegen den Verwalter, da er keine Befugniß zu Verfügungen und Einwirkungen, wie sie in einer Intervention liegen würden, hinsichtlich der vom Prozesse betroffenen K.Masse hat und der Verwalter allein sein rechtliches Interesse an der Masse vertritt. Das Interesse seiner persönlichen Regreßpflicht giebt ihm (gegen Cosack S, 328 u. Sarwey-Bossert Anm. 3) kein Recht, hinsichtlich der im K.Anfechtungsprozesse in Frage stehenden und lediglich der Vertretungs-Einwirkung des Verwalters unterliegenden K.Masse gegen den Verwalter rechtliche Einwirkung zu üben. Anders bei der außerkonkursmäßigen Anfechtung, vgl. Anm. zu § 8 Anf.Gesetz. Wegen der Intervention von Gläubigern vgl. Anm. 4 zu § 36.

19) Zuständiges **Prozeßgericht** für die Anfechtungsklage ist, da der Anfechtungsanspruch als solcher ein gegen den Gegner persönlicher ist und nicht ein schon vorhandenes

Digitized by Google

dingliches Recht an der Sache verfolgt, das nach den allgemeinen Bestimmungen der C.P.O. sich ergebende. Bei Anfechtung einer Pfändung im Falle des § 771 C.P.O. ist gemäß § 802 der Gerichtsstand des § 771 geboten, RG. 1. Mai 1893, 24. Jan. 1894 Raff.K. 38, 180, 492; 18. Jan. 1894, J.W. 427; 14. Febr. 1895, J.W. 202. Der Gerichtsstand des § 29 C.P.O. ist unzulässig, weil durch die Anfechtung nicht die Aufhebung des angefochtenen Vertrages erfolgt, RG. 30, 402. Der Gerichtsstand einer unerlaubten Handlung ist, entsprechend dem verschiedenen Charakter der Anfechtungsgründe, für die Fälle des § 30 unzulässig, RG. Plen. 21, 420; ebenso für §§ 32, 40 Nr. 2 K.O., § 3 Nr. 3, 4, § 11 Nr. 2 Anf.Gesetz, vgl. Anm. 1 § 30, Anm. 1 § 32, dagegen zulässig für die Fälle der §§ 31 Nr. 1, 40 Nr. 1 K.O., §§ 3 Nr. 1, 11 Nr. 1 Anf.Gesetz, RG. 10, 334; 18. Nov. 1882, Wallm. 8, 9; 26. April 1894, Raff.K. 38, 1200; 17. Mai 1884, Raff.K. 28, 1124, und konsequent auch für § 31 Nr. 2 K.O. und § 3 Nr. 2 Anf.Ges., da diese auf der gesetzlichen Vermuthung der Benachtheiligungsabsicht beruhen, RG. 26, 1. — Für die Anfechtung von Rechtsgeschäften, die von einer Niederlassung im Sinne des § 21 C.P.O. aus geschlossen sind, ist der Gerichtsstand des § 21 C.P.O. nicht begründet, RG. 20. Novbr. 1893, Raff.K. 38, 488. — Die Anfechtungsklage ist nicht eine Klage aus einem Handelsgeschäfte; die Kammern für Handelssachen sind daher nicht zuständig, RG. 6. April 1894, Raff.K. 38, 1184, 1187. Vgl. RG. 15. April 1902, J.W. 273, daß nur 4 vom Hundert Zinsen zu zahlen sind.

20) Bei **Kollisionen der örtlichen Rechte** hinsichtlich der materiellen Beurtheilung des Anfechtungsanspruchs ist für alle im deutschen Reiche eröffneten Konkurse die K.O. (§§ 29 ff.) anwendbar: vgl. E.G. § 1, Einl. § 1 a. Ende. Dies folgt für die Regel des Wohnsitzes des G.Schuldners im deutschen Reiche (§ 71) auch aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Das gegen das Gesammtvermögen des Schuldners gerichtete, dem Anspruche zu Grunde liegende, Befriedigungsrecht der Gläubiger hat seinen Sitz am Wohnsitze des Schuldners. Die Verkürzung dieses Rechts ist stets der Grund des Anspruchs. Der Gläubiger kann daher für die Konkursanfechtung, wie für die Einzelnanfechtung, niemals ein weitergehendes Anfechtungsrecht beanspruchen, als das Recht des Wohnsitzes seines Schuldners gewährt, also bei der Regel des deutschen Wohnsitzes das Recht der K.O. Auch für alle andern Fälle eines deutschen Konkurses (vgl. § 238) ist dem Verwalter durch E.G. § 1 das Anfechtungsrecht gemäß §§ 29 ff. gegeben. Wenngleich aber das Anfechtungsrecht im Verhältnisse zum Schuldner seinen Grund hat, so beschränkt es sich doch nicht auf dies Verhältniß, sondern richtet sich gegen den dritten Empfänger, dessen Erwerb bestreitend. Der Empfänger wieder hat das Recht, die Rechtmäßigkeit seines Erwerbes nach dem Rechte des Erwerbes beurtheilt zu wissen. Ist der Erwerb nach dem für ihn maßgebenden ausländischen Rechte unanfechtbar, so ist das Anfechtungsrecht nicht gegeben. Es kann also auch nicht weitergehend ausgeübt werden, als nach dem Rechte des Erwerbes statthaft ist, und muß daher stets in den Grenzen der beiden örtlichen Rechte bleiben. So auch Eccius, Raff.K. 34, 150. Vgl. RG. 10. Dez. 1880 in Wallmann Zeitschr. f. preuß. R. 1, 643. Francke will im civil. Archiv 62, 488 ff. dies nur für den gutgläubigen Erwerber gelten lassen, und läßt für den bösgläubigen lediglich den Wohnort des Schuldners maßgebend sein; indeß kann diese Unterscheidung schon deshalb nicht zutreffend sein, weil zunächst zu bestimmen ist, nach welchem Rechte zu beurtheilen ist, ob ein Erwerber gutgläubig oder böswillig und welcher guter Glaube zu verlangen ist. Otto (S. 200—202), der für deliktische Ansprüche den Ort der begangenen Handlung, und für andere den Erfüllungsort bestimmend erklärt, berücksichtigt nur das Recht des Erwerbers (und zwar in einer für die Unanfechtbarkeit des Erwerbs unrichtig beschränkten Richtung) und übersieht, daß der Gläubiger auch kein Anfechtungsrecht über das für seinen Schuldner örtlich geltende Recht hinaus hat. Kohler S. 658 ff. will für alle Anfechtungen das Recht des Thatorts darüber entscheiden lassen, ob und wieweit eine Handlung geeignet ist, eine Anfechtung zu begründen, weil die Anfechtung darauf beruhe, daß eine Handlung gegen die Ordnung des Staates verstoße; aber der Ort der Handlung ist nicht für die materielle Wirkung der privatrechtlichen Folgen entscheidend, vollends nicht, wenn es sich darum

Digitized by Google

handelt, ob dadurch gegen die Ordnung eines andern Staates, als desjenigen des Thatorts, verstoßen wird. Cosack S. 105 (der dem Verfasser unrichtig die Ansicht unterschiebt, daß der Ort des Delikts für das örtliche materielle Recht entscheide) will lediglich den Wohnsitz des G.Schuldners maßgebend sein lassen, ohne das Recht eines unanfechtbaren Erwerbs für den Dritten zu berücksichtigen; ebenso Petersen-Kleinfeller Anm. II, 10 und in Busch 10, 64 ff.; Jaeckel S. 17, 18.

21) Aus den gleichen Gründen, weil zugleich der in der Person des Schuldners beruhende Grund des Anfechtungsrechts und dessen Richtung gegen den dritten Erwerber maßgebend sind, wird auch für den **Wechsel der Gesetzgebung in der Zeit** derartig unterschieden, daß das Anfechtungsrecht zur Zeit der Geltendmachung begründet sein muß, zugleich aber einen in früherer Zeit erfolgten unanfechtbaren Erwerb nicht angreifen darf. Vgl. Anm. zu E.G. § 9 und zu Art. VI. E.G. zu K.O.N. Es ergiebt sich daraus, daß die Erweiterung des Anfechtungsrechtes nach § 40 Abs. 2 Nr. 3, wonach die Anfechtung gegen einen Rechtsnachfolger ohne Weiters begründet ist, wenn ihm das Erlangte unentgeltlich zugewendet ist, erst dann Anwendung findet, wenn die Rechtsnachfolge unter der Herrschaft der K.O.N., eingetreten ist. Andererseits kann da, wo nach dem früheren Rechte eine Anfechtung gegeben war, nach Inkrafttreten der K.O.N, die solche Anfechtung nicht kennt, ein Anfechtungsrecht auch dann nicht geltend gemacht werden, wenn die Rechtshandlung zur Zeit der Herrschaft des alten Rechts vorgenommen war. Zu beachten bleibt dabei aber, daß Art. V. E.G. zu K.O.N. wie der § 8 E.G. zu K.O. den Wechsel des Rechts bei Konkursen, die vor dem 1. Jan. 1900 eröffnet sind, nicht eintreten läßt, und daß Art. VI. E.G. zu K.O.N. auch für solche Rechtsverhältnisse, die nach dem 1. Jan. 1900 der Vorschrift des früheren bürgerlichen Rechtes unterliegen, ebenfalls die Vorschriften der K.O. von 1878 maßgebend bleiben läßt, jedoch mit der im letzten Satz des Art. VI. enthaltenen, eine logische Folgerung des ersten Satzes bildenden Modifikation. Ein Beispiel findet sich in Anm. 10 zu § 32.

§ 30. (23.)

Anfechtbar sind:

1. die nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner eingegangenen Rechtsgeschäfte, durch deren Eingehung die Konkursgläubiger benachtheiligt werden, wenn dem anderen Theile zu der Zeit, als er das Geschäft einging, die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war; sowie die nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage erfolgten Rechtshandlungen, welche einem Konkursgläubiger Sicherung oder Befriedigung gewähren, wenn dem Gläubiger zu der Zeit, als die Handlung erfolgte, die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war;
2. die nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens oder in den letzten zehn Tagen vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage erfolgten Rechtshandlungen, welche einem Konkursgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewähren, die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte, sofern er nicht beweist, daß ihm zur Zeit der Handlung weder die Zahlungseinstellung und der Eröffnungsantrag, noch eine Absicht des Gemeinschuldners, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, bekannt war.

E. I. 28. 29. P. 100.

Digitized by Google

1. Rechtlicher Charakter der Anfechtung aus § 30.
2. A. Anfechtungsfälle des § 30 und was ihnen gemeinsam ist.
3. I. Zahlungseinstellung.
4. a. Zahlungseinstellung eine Thatsache.
5. b. Nichterfüllung der Verpflichtungen in der Allgemeinheit.
6. c. Grund der Zahlungseinstellung in der Zahlungsunfähigkeit.
7. d. Aeußerung der Zahlungsunfähigkeit als eines Vermögenszustandes.
8. Erkennbarkeit der Zahlungseinstellung.
9. Ermittlung der Zahlungseinstellung.
10. II. Eröffnungsantrag.
11. III. Kenntniß von Zahlungseinstellung oder Eröffnungsantrag.
12. Kenntniß des Vertreters.
13. Zeit der Kenntniß, insbesondere bei Grundbuchoperationen.
14. B. Nr. 1 S. 1. I. Begriff des vom G.Schuldner eingegangenen Rechtsgeschäfts.
15. II. Benachtheiligung durch Eingehung des Rechtsgeschäfts.
16. Nichtanwendbarkeit der Nr. 1 auf Erfüllungen.
17. Beweislast für Nr. 1 S. 1 u. S 2.
18. C. Gemeinsames zu Nr. 1 Satz 2 u. Nr. 2.
I. Sicherung oder Befriedigung eines K.Gläubigers.
19. II. Sicherung oder Befriedigung für eine schon begründete Forderung.
20. III. Benachtheiligung der Masse.
21. IV. Unerheblichkeit einer Mitwirkung des G.Schuldners.
22. D. Zu Nr. 1 Satz 2. Kongruente Deckung.
23. Anwendung auf § 13 Abs. 3. Ges. v. 21. Juli 1879.
24. E. Zu Nr. 2. Nicht-kongruente Deckung.
25. Inhalt des Anspruchs der Gläubiger.
26. Beispiele dazu.
F. Besondere Erörterung der Sicherung.
27. I. Bestellung durch einen Dritten.
28. II. Zeit der Bestellung.
29. III. Sicherung, auf die ein klagbarer Anspruch besteht
30. IV. Sicherung durch Pfändung.
31. a. Vollzug der Pfändung vor Beginn der 10tägigen Frist.
32. b. Vollzug der Pfändung innerhalb der 10tägigen Frist.
33. 1. Anfechtung der Pfändung selbst.
34. 2. Anfechtung der Beitreibung auf Grund der Pfändung.
35. 3. Anfechtung der auf Grund der Pfändung erfolgten Zahlung.
36. c. Vollzug der Pfändung nach Ablauf der 10tägigen Frist.
37. V. Sicherheitsbestellung für eine erst später entstehende Forderung.
38. G. Begünstigungsabsicht.
39. Beweislast für Nr. 2.

1) Der § 30, dem Konkurse eigenthümlich, ohne Analogie im Anfechtungsgesetze vom 21. Juli 1879, soll im Wesentlichen den Effekt haben, im Falle der demnächstigen K.Eröffnung deren Wirkungen auf die Zeit der Zahlungseinstelllung zurückzubeziehen, um das Vermögen, wie es zu dieser Zeit war, herzustellen, und die Gleichstellung für alle K.Gläubiger für diese Zeit herbeizuführen. **Der rechtliche Charakter der Anfechtung aus § 30** ist nicht darin zu finden, daß der entsprechende Thatbestand in einem Delikt oder einer unerlaubten Handlung bestehe, **RG.** Plen. 21, 420 ff. Die Anfechtbarkeit aus § 30 ist, weil nur für den Konkurs bestehend, von der zur Zeit der verletzenden Handlung noch nicht bekannten und nicht vorhandenen, vielleicht niemals eintretenden K.Eröffnung abhängig. Der § 30 enthält überhaupt kein Verbot und verbietet namentlich dem Anfechtungsgegner nicht die Annahme einer Zuwendung, sondern schreibt nur vor, daß er eine an sich erlaubte Zuwendung in den Anfechtungsfällen nur mit dem Risiko der späteren Anfechtung und der Verpflichtung, sie beim Eintritte des Konkurses den Gläubigern zur Verfügung zu stellen, also mit der Gefahr des K.Falles erhalten kann. Der gesetzgeberische Grund ist Zweckmäßigkeit und Billigkeit im Interesse der K.Gläubiger. Ein mit der Zahlungseinstellung entstehender K.Anspruch im Sinne der Mot. und dessen Verletzung liegt nicht vor, Anm. 2 vor § 29; ein Gerichtsstand unerlaubter Handlung, C.P.O. § 32, ist nicht begründet.

2) A. **Anfechtbar sind nach § 30:**

1. Rechtsgeschäfte des Anfechtungsgegners mit dem G.Schuldner, durch deren Eingehung die K.-gläubiger benachtheiligt werden, Nr. 1 Satz 1,
2. Sicherung oder Erfüllung für einen K.Gläubiger, auch wenn er darauf einen Rechtsanspruch hat, nach Nr. 1 Satz 2, und
3. Sicherung oder Befriedigung eines Gläubigers, wenn dieser nicht oder nicht in der Art oder nicht in der Zeit einen Anspruch darauf hat, nach Nr. 2.

Gemeinsame Voraussetzung ist, daß I. eine Zahlungseinstellung oder II. ein K.Eröffnungsantrag vorliegt, und daß die Rechtshandlung in der Zeit zwischen der Zahlungseinstellung (oder dem Eröffnungsantrage) und der K.Eröffnung erfolge, § 29, Anm. 4, nur mit der Modifikation für die Fälle zu Nr. 2, daß die Rechtshandlung auch in den letzten 10 Tagen vorher erfolgt sein kann. Diese Voraussetzungen, die maßgebenden Zeiten und die als unter Nr. 1 oder 2 fallend behauptete Rechtshandlung selbst, hat

Digitized by Google

stets der anfechtende Verwalter zu beweisen. Sofern er sich auf eine Zahlungseinstellung vor der K.Eröffnung stützen will, hat er zufolge § 33 einen solchen Zeitpunkt der Rechtshandlung zu beweisen, der nicht früher als 6 Monate vor der K.Eröffnung zurückreicht. Ferner ist für alle Fälle des § 30 von Bedeutung III. die Kenntniß des Anfechtungsgegners von der Zahlungseinstellung oder dem K.Eröffnungsantrage; verschieden geregelt ist nur die Beweislast bezüglich dieses Punktes.

Im Einzelnen ist zu bemerken:

3) I. **Zahlungseinstellung.**

Die Bedeutung der Zahlungseinstellung ergiebt sich aus § 102 Abs. 2. Danach ist die Zahlungseinstellung eine Aeußerung der Zahlungsunfähigkeit. Durch den Nachweis einer „Zahlungseinstellung" wird der Zustand der Zahlungsunfähigkeit erwiesen. Die Zahlungseinstellung „soll als eine in die äußere Erscheinung getretene Thatsache, als direkte Aeußerung der Zahlungsunfähigkeit den Beweis derselben erübrigen". Mot. 323. Der Begriff der Zahlungseinstellung ist gesetzlich nicht definirt, weil sie „eine nach der unendlichen Verschiedenheit der Fälle in den verschiedensten Weisen zur Erscheinung kommende Thatsache ist, deren Auffassung der Anschauung des Falles und des Verkehrslebens, und der vernünftigen Einsicht des Richters anheim gegeben werden muß". Mot. 323. Nach den im Sinne des § 102 vorausgesetzten Erfordernissen ist die Zahlungseinstellung a) eine Thatsache und zwar b) die thatsächliche Unterlassung der fälligen Schulderfüllungen, die sich als regelbildende allgemeine Unterlassung hinsichtlich vorkommender Verpflichtungen zeigt, und c) die als ihren Grund die Unmöglichkeit der Erfüllung aller Verbindlichkeiten voraussetzen läßt und zwar d) diese Unmöglichkeit als einen Vermögenszustand von entsprechender Dauer, nicht in Form einer nur momentanen, alsbald wieder zu beseitigenden Stockung, darstellt.

4) a. **Die Zahlungseinstellung ist in erster Linie eine Thatsache,** die eine konkrete Aeußerung des Zustandes der Zahlungsunfähigkeit, nicht aber selbst einen Zustand bedeutet. Sie hat in einem ganz bestimmten Zeitpunkt stattgefunden, andernfalls wäre es nicht möglich, gemäß Abs. 2 davon zu sprechen, daß eine Rechtshandlung innerhalb 10 Tage vor der Zahlungseinstellung vorgenommen ist. Die Zahlungseinstellung besteht also in einem bestimmten Falle der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit, diesen gilt es festzustellen, und zwar nicht nur dann, wenn es auf die Berechnung der 10tägigen Frist ankommt, sondern überall da, wo der Moment der Zahlungseinstellung für die Anfechtbarkeit entscheidend ist. Es ist also nicht genau, wenn zur Begründung der Anfechtbarkeit erklärt wird, der G.Schuldner habe zur Zeit der Vornahme der anfechtbaren Rechtshandlung seine regelmäßigen Zahlungen nicht mehr geleistet, deshalb sei zu folgern, daß er seine Zahlungen eingestellt habe. Eine der Nichtzahlungen ist immer die Zahlungseinstellung gewesen, und es kann, wie sich aus dem Folgenden ergeben wird, zweifelhaft sein, welche der zeitlich unmittelbar aufeinander folgenden Nichtzahlungen die entscheidende war. (Vgl. hierfür und für das Folgende die grundlegenden Ausführungen von Heigelin: „Zum Begriff der Zahlungseinstellung" in Busch, Zeitschrift für Civ.Proz. 23 S. 306 ff.)

5) b. Genügt danach einmaliges Nichterfüllen einer Verbindlichkeit, um den Moment der Zahlungseinstellung festzustellen, so muß doch nach den Voraussetzungen des § 102, daß die Zahlungseinstellung ein Zeichen der Zahlungsunfähigkeit ist, die Thatsache offenbar geworden sein, **daß Jemand seine Verpflichtungen in der Allgemeinheit zu erfüllen aufhören will,** R.O.H.G. 13, 227. Deshalb gehört zur Feststellung der Zahlungseinstellung die Betrachtung des Gesammtverhaltens des G.Schuldners, wobei in der Regel die Thatsache, daß er überhaupt nichts mehr gezahlt hat, die Zahlungseinstellung am deutlichsten erkennen lassen wird. Nöthig aber ist das nicht; nöthig ist nur, daß der Wille thatsächlich erkennbar wird, als Regel (wenngleich nicht als ausnahmslose, absolute) die Verpflichtungen im Allgemeinen nicht zu erfüllen. Die Nichterfüllung einzelner Zahlungen genügt nicht und die Erfüllung einzelner schließt die Zahlungseinstellung nicht aus. **RG. 6,** 97; **50,** 39. Zum Beweise kann ein einzelner Fall der Nichtzahlung oder auch eine andere Handlung genügen (**RG.** 7. Apr. 1892, J.W. 238; Mot. 323, 324),

Digitized by Google

so das Verschlossenhalten des Geschäftslokals während der Verkehrzeit, die Unauffindbarkeit einer Person oder eines Stellvertreters (Koch zu P. § 111; ebenso ist auf Geschäftsbetrieb und Standesanschauung des Schuldners Rücksicht zu nehmen. Dagegen genügt eine Befürchtung, daß ein Konkurs bald bevorstehe, noch nicht zum Beweise einer Zahlungseinstellung, RG. 4. Okt. 1895, J.W. 505; ebenso stellt der Schuldner, der sich noch für zahlungsfähig hält und glaubt, nur eine Krisis durchzumachen, die er zu überwinden hofft, seine Zahlungen solange auch dann nicht ein, wenn seine Hoffnung ihn getäuscht hat und er in Wahrheit nicht mehr zahlungsfähig ist. RG. 11. März 1889; Bolze 7 N. 125.

6) c. **Das thatsächliche Aufhören der Erfüllung muß ferner als seinen Grund die Unmöglichkeit, allen Gläubigern gerecht zu werden, erkennbar machen,** d. h. nach den vorliegenden Umständen auf diesen Grund schließen lassen. Die Zahlungseinstellung muß als Aeußerung der zeitigen Zahlungsunfähigkeit erscheinen; sie ist im Sinne des § 102 nicht vorhanden, wenn die Zahlungen wegen Nachlässigkeit, Geisteskrankheit, vermeintlicher Einreden, aus Eigensinn oder aus anderen Gründen als wegen Zahlungsunfähigkeit unterlassen werden. Wer nicht zahlen *will*, ist nicht demjenigen gleichzustellen, der nicht zahlen *kann*; RG. 20. Septbr. 1895, J.W. 479, Mot. 323, 324. Wenn aber Jemand nur solche Gegenstände hat, die der Zwangsvollstreckung nicht unterworfen, aber zur K.Masse zu nehmen sind, z. B. ein Pächter sein landwirthschaftliches Inventar, ein Apotheker oder Posthalter nur ihre Inventarien, vgl. Anm. 8 zu § 1, und wenn er davon behufs einer fälligen Zahlung nichts veräußern will, so ist darin unbedenklich eine Manifestation dafür zu finden, daß er auch nicht zahlen kann, falls andere Vermögensgegenstände nicht gefunden werden. — Eine Zahlungssistirung, weil der G.Schuldner irrthümlich sich für zahlungsunfähig hält oder eine solche Unfähigkeit fingirt, ist nicht, was eine Zahlungseinstellung im Sinne des § 102 sein soll, eine Aeußerung wirklicher Zahlungsunfähigkeit; durch Aufdeckung des Irrthums oder der Simulation würde nachgewiesen, daß bei einer *solchen* Zahlungseinstellung Zahlungsunfähigkeit nicht anzunehmen ist. Anm. zu § 102 (RG. 6, 97: „der Wahrheit entsprechend"). Anderer Meinung ist Heigelin a. a. O., der für den Begriff der Zahlungseinstellung den Schwerpunkt auf das Moment des nicht mehr zahlen *Wollens* legt und deshalb auch eine auf fiktiver Zahlungsunfähigkeit beruhende Zahlungseinstellung als eine solche im Sinne des § 102 ansieht und sich dabei auf die Entsch. des RG. in Strafsachen 3, 94 stützt.

7) d. Die Zahlungseinstellung muß auch die **Aeußerung der Zahlungsunfähigkeit als eines Vermögenszustandes,** nicht eines momentanen Augenblicksbildes enthalten. Entscheidend ist zwar, ob der Schuldner die Mittel zur Zahlung seiner *fälligen* Schulden nicht herbeizuschaffen vermag und auch eine Zahlungsstockung kann eine Zahlungseinstellung und eine Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 102 enthalten; eine Verweisung auf die Zukunft ist keine Befriedigung. Dagegen sind Unfähigkeit und Einstellung nicht vorhanden, wenn die Stockung von unverhältnißmäßiger Kürze alsbald zu beseitigen ist und beseitigt wird. Das Unterlassen der Zahlung, weil Jemand auf Reisen nicht alle Zahlungsmittel mitnimmt, weil sie erst von einer Bank oder einem Andern geholt werden müssen, weil sie irrthümlich für einen der nächsten Tage erst disponibel gemacht sind u. s w., ist keine Aeußerung einer *vermögenszuständlichen* Zahlungsunfähigkeit. Vgl. Prot. 71—73. Die alsbaldige Beseitigung einer Zahlungseinstellung kann auch dadurch erfolgen, daß dem Schuldner Frist gegeben, also Kredit gewährt wird; erst wenn die Nachsicht der Gläubiger aufhört, erfolgt die wirkliche Zahlungseinstellung. Es ist also darauf zu achten, ob die Erklärung, nicht mehr zahlen zu wollen und nicht mehr zahlen zu können, *die* Zahlungseinstellung bedeutet, die den Konkurs zur Folge hatte, ob die Zahlungseinstellung für den Konkurs kausal gewesen ist.

8) Unerheblich ist es dagegen, ob die in der Zahlungseinstellung enthaltene Aeußerung der Zahlungsunfähigkeit eine derartige ist, daß sie für jeden Dritten erkennbar war. Es genügt, daß sie, wenngleich nur für Einzelne oder selbst nur für Einen erkennbar, stattfand. RG. 23. Januar 1883, Wengler Arch. IV Nr. 20 u. Wallm. D. Jur. Z. 8, 620; 7. Apr. 1892, J.W. 238; 17. Mai 1895, J.W. 296; 15. Juni 1898, J.W. 508. *Einem*

Digitized by Google

gegenüber muß sie durch Nichtzahlung erklärt worden sein, es ist also nöthig, daß wenigstens ein Gläubiger andrängt, Bolze I N. 2174, V N. 1410 (geg. Wilmowski), denn die Nichtzahlung von Schulden, wegen derer der Schuldner nicht gemahnt ist, kann in der Regel nicht als zuverlässige Aeußerung der Zahlungsunfähigkeit gelten, RG. 20. März 1891, J.W. 250.

9) Es ist eine **Schlußfolgerung aus Thatsachen**, ob die Thatsache einer Nichtzahlung als Zahlungseinstellung zu betrachten ist. Das richterliche Beweiswürdigungsrecht, C.P.O. § 286 hat hierüber zu entscheiden, RG. 23. März 1889, J.W. 171; wobei wesentlich auf die Anschauung des Verkehrslebens und, wenn der Schuldner ein Kaufmann ist, auf die gewöhnliche Ansicht der kaufmännischen Kreise zurückzugehen ist (RG. 6, 96 f., 23. Jan. 1883, wie oben u. 7. April 1892; regelwidriges Verfahren bei An- und Verkäufen, RG. 22. Dez. 1884, J.W. 92) und wobei auch ein Schluß aus späteren Momenten (Flucht) nicht ausgeschlossen ist, RG. 19. April 1882, Raff.K. 26, 832. Andere Fälle der Rechtsprechung des RG. bei Bolze (vgl. Jäger Anm. 3 zu § 30) 1 N. 2169—2172; 4, 1571, 1572; 5, 1409; 7, 1252; 11, 934, 936; 13, 750; 17, 849. Da die Zahlungseinstellung eine Thatsache ist, da ferner der Anfechtungsgegner bezüglich des der K.Masse durch die anfechtbare Rechtshandlung entzogenen Gegenstandes Rechtsnachfolger des Schuldners ist, so kann ihm über die Zahlungseinstellung des G.Schuldners der Eid zugeschoben werden. Der Eid hat sich auf Thatsachen zu beziehen, überall da also, wo für die Entscheidung, ob Zahlungseinstellung vorliegt, andere Umstände herangezogen werden müssen, sind diese in die Eidesnorm aufzunehmen. So mit Jäger Anm. 6 zu § 30 gegen die im Gedankengang abweichende, übrigens im praktischen Ergebniß gleiche Ausführung von Wilmowski. Auch die von diesem zitirten Entscheidungen des R.O.H.G. 4, 362; 6, 16, 123 widersprechen nicht.

10) II. **Eröffnungsantrag.** Als Eröffnungsantrag (§ 103) kommt nur der in Betracht, der zur K.Eröffnung geführt hat. Wenn also von zwei nach einander gestellten Anträgen der frühere zurückgenommen (vgl. Anm. 1 zu § 103) oder rechtskräftig zurückgewiesen ist, so hat dieser für den Konkurs keine Bedeutung mehr. — Der Eröffnungsantrag ist wie die Zahlungseinstellung ein Merkmal für die Zahlungsunfähigkeit. Er gilt als solches selbst dann, wenn die Zahlungsunfähigkeit in Wirklichkeit erst nach dem Antrage auf Eröffnung eingetreten ist, und behält seine Bedeutung für die Anfechtung, wenn er nur zur K.Eröffnung geführt hat, RG. 36, 73 f.

11) III. Endlich ist gemeinsame Voraussetzung aller Anfechtungsfälle des § 30, daß **„dem anderen Theile zu der Zeit, als er das Geschäft einging, oder als die Handlung erfolgte, die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war"**. Die Kenntniß dieser für die Vorschrift unter der Voraussetzung demnächstiger K.Eröffnung entscheidenden Momente ist als subjektives Erforderniß auf Seiten des Anfechtungsgegners zur Begründung des Anfechtungsrechtes nöthig, genügt aber auch. In Frage steht nur die Kenntniß des andern Theils. Für die Feststellung dieser subjektiven Kenntniß und deren Folgerung aus bestimmten, dem andern Theile bekannten Thatsachen ist zu berücksichtigen, daß die Thatsachen, namentlich für Nichtkaufleute, verschiedener Beurtheilung fähig sind. Es genügt nicht, daß die Kenntniß von Thatsachen bewiesen wird, die objektiv und nach der Ueberzeugung des Prozeßgerichts eine Zahlungseinstellung begründen würden; nöthig ist, daß das subjektive Ueberzeugtsein des Anfechtungsgegners nachgewiesen wird, RG. 23, 112; 18. März 1895, J.W. 226. — Andrerseits kommt bei Rechtsgeschäften über Rechte an unbeweglichen Sachen, die ein Dritter mit dem G.Schuldner eingeht, dem Ersteren gegenüber seiner eigenen Kenntniß von der Sachlage der öffentliche Glaube des Grundbuchs nicht zu statten, der die für die Anfechtung maßgebende Kenntniß nicht beseitigt und den Gegner nicht zur Schädigung der Gläubiger autorisiren soll. Mot. 118. — Daß zugleich der G.Schuldner dolos handelte und der andere Theil dessen Theilnehmer an einer Rechtsverletzung war, wird vom Gesetze nicht verlangt (gegen Mandry-Geib; vgl. Otto S. 118; Fitting § 16 Anm. 16; Rassow, Raff.K. 65, S. 165); die Kenntniß des G. Schuldners z. B. vom Eröffnungsantrage eines Dritten kann fehlen und der Akt kann in

Digitized by Google

Fällen der Nr. 1, Satz 2 gegen den Willen des G.Schuldners erfolgen. — Entscheidend ist nach dem Wortlaute nur die Kenntniß von der Zahlungseinstellung oder von dem Eröffnungsantrage. Doch schließt die Kenntniß der nach § 98 erlassenen Sicherungsmaßregeln die Kenntniß des Eröffnungsantrags ein, da sie erst nach dem Antrag statthaft sind. Die Kenntniß von einer schlechten Vermögenslage des G.Schuldners genügt nicht, ebensowenig ein Kennenmüssen. Wieweit dagegen außer der hier erwähnten noch eine weitere Kenntniß des Gl. zur Begründung des Anfechtungsrechts nöthig ist, vgl. unten Anm. 15 — Die Kenntniß eines von mehreren Gesellschaftern einer offenen Handelsgesellschaft oder von mehreren Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft (oder einer sonstigen Gesellschaft) genügt zur Anfechtung, auch wenn für Willenserklärungen die Betheiligung Mehrerer vorgeschrieben ist; der Wissende hat seine Kenntniß den Anderen und der Gesellschaft mitzutheilen, RG. 2. Febr. 1885, J.W. S. 127; Raff.K. 29, 703; 5. Febr. 1886, J.W. S. 148; 7. März 1887, J.W. S. 191; 28. Febr. 1889, J.W. S. 154. Vgl. überhaupt btr. der Betheiligung Mehrerer, Meisner in Raff.K. 32, 487.

12) Handelte der andere Theil durch einen **Vertreter**, so kommt nach § 166 Abs. 1 B.G.B. für die Begründung des Anfechtungsrechts nicht die Kenntniß des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht, falls nicht der Vertreter ein Bevollmächtigter ist, der nach bestimmten Weisungen des Vertretenen handelt. In diesem Falle (§ 166 Abs. 2 B.G.B.) steht die Kenntniß des Vertretenen der des Vertreters gleich. — Bei Anfechtung einer Pfändung (Anm. 9) genügt daher die Kenntniß des Prozeßbevollmächtigten, der sie bewirken läßt, RG. 7, 37 oder des Machtgebers; ebenso des Gläubigers oder des Gerichtsvollziehers, der für den Gläubiger pfändet und Bevollmächtigter des Gläubigers ist, RG. Plen. 16. 396; 39, 160, und als solcher zum Erwerbe von Pfandrechten bei Pfändungen, C.P.O. §§ 753, 754, 804 für den Gläubiger handelt, ohne daß die ihm dabei obliegende Beamtenpflicht zur Beobachtung der Gesetze entgegensteht; Keyßner, deutsch. Handelsbl. 1880 S. 92, 93; Cosack S. 95, 186, 187; Jastrow, civ. Arch. 68, 371; Hahn, Raff.K. 31, 351; Welck, Raff.K. 36, 532. Abw. RG. 9, 361; 23. März 1887, Raff.K. 31, 1162; 1. Nov. 1892, J.W. 1893 S. 21, weil er die Partei nicht im Willen zu vertreten habe; Eccius 2 § 141 Anm. 17; Nessel, Raff.K. 28, 97; Hartmann S. 106; Jaeckel S. 97; Dunkaase. civ. Arch. 77, 100; Kohler S. 251, weil er seinem Auftraggeber keine entsprechende Mittheilung zu machen habe (?); Petersen-Kleinfeller 1, 10, weil er trotz seiner Kenntniß pfänden müsse; Sarwey-Bossert Anm. 5. Ebenso galt nach Handelsrecht und nach gemeinem wie preuß. Recht, daß die Kenntniß des Vertreters genügte; RG. 7, 37, 38; 15, 264, 15. Okt., 7. Nov. 1885, J.W. S. 361; 26. Nov. 1884, Raff.K. 29, 964; 13. Nov. 1888, J.W. 1889 S. 26. Dem steht auch Windscheid § 73 Anm. 16, § 313 Anm. 4, Goldschmidt in Zeitschr. f. Hand. 16, 331, R.O.H. 6, 407; 15. 26; A.L.R. I. 13 § 85, Strieth. 83, 268. Obtr. 76, 201, 202, A.L.R. I. 7 § 22 (Unschädlichkeit der Unredlichkeit eines Dritten, durch welchen ein Besitz erworben ist, für die Qualität des Besitzes) nicht entgegen; da nicht die abstrakte Besitzergreifung, sondern die Rechtshandlung anzufechten ist. Vgl. Obtr. 76, 201 ff.; RG. 17. Jan. 1889, J.W. S. 69. Doch befreit die Unkenntniß seines Bevollmächtigten andererseits den Anfechtungsgegner niemals, wenn er selbst Kenntniß hatte. Goldschmidt in Zeitschr. f. Hand. 9, 39 ff.

13) Entscheidend ist die **Kenntniß zur Zeit des Rechtsgeschäfts**, oder der Rechtshandlung, RG. 12, 42; mala fides superveniens schadet nicht. Soweit bei Anwendung der Vorschriften des § 30 ein **Rechtserwerb** in Frage kommt, **der sich durch Eintragung in das Grundbuch vollzieht**, ist als der Zeitpunkt, in dem der Erwerber in gutem Glauben gewesen sein muß, um die Anfechtung auszuschließen, der Zeitpunkt des Eintragungsantrages anzunehmen. Wollte man annehmen, daß der Zeitpunkt der Eintragung selbst maßgebend wäre, so würde man sich in Widerspruch mit den Vorschriften der §§ 7 und 15 setzen, nach denen die nach dem Grundsatze der Verfügungsbeschränkung des G.Schuldners eintretende Unwirksamkeit eines Rechtserwerbes dadurch ausgeschlossen wird, daß der Erwerber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs gefolgt ist. Ein nach diesen Vorschriften wirksamer Erwerb unterliegt der

Digitized by Google

Anfechtung so, wie wenn er vor der K.Eröffnung stattgefunden hätte (§ 42), also insbesondere dem § 30. Sollte nun hier für den guten Glauben des Erwerbers der Zeitpunkt der Vollendung des Rechtserwerbes durch die Eintragung maßgebend sein, so würde der Ausschluß der Unwirksamkeit, der in den §§ 7 und 15 für den Fall gewährt ist, daß der Erwerber zur Zeit des Eintragungsantrages in gutem Glauben sich befindet (B.G.B. § 892) durch § 30 geradezu wieder zurückgenommen sein. Die Anfechtbarkeit nach den §§ 29 ff. und die Unwirksamkeit nach den §§ 7 und 15 sind, da immer nur eine Unwirksamkeit gegenüber den K.Gläubigern in Frage steht, abgesehen von der Wirkung gegen dritte Erwerber, sachlich gleichbedeutend. Der Umstand, daß die Anfechtung zunächst nur dem Verwalter zusteht, ändert an der wirthschaftlichen Bedeutung nichts. Der Geltendmachung bedarf die Unwirksamkeit der §§ 7 und 15 ebenso wie die Anfechtbarkeit des § 30. Eine Gesetzesauslegung, nach der ein Rechtserwerb auf Grund des guten Glaubens für wirksam, aber auf Grund einer mala fides superveniens für unwirksam erklärt sein soll, ist unannehmbar. Wird hierin eine Aenderung der K.O. gefunden, weil § 30 nur von dem Zeitpunkte des Rechtserwerbes redet, so ist sie durch die §§ 7 und 15 gegeben; es steht also der Artikel 32 E.G. z. B.G.B. der hier vertretenen Auffassung nicht entgegen. Es ist aber nicht einmal eine Aenderung der K.O., vielmehr nur eine Aenderung des in § 30 stillschweigend in Bezug genommenen bürgerlichen Rechts eingetreten. In Bezug genommen war früher das Landesrecht über den Erwerb von Rechten; jetzt, insbesondere soweit Erwerb durch Eintragung in das Grundbuch in Frage kommt, das B.G.B. Dieses stellt für einen solchen Erwerb allgemein den Grundsatz auf, daß für den zum Erwerbe nothwendigen guten Glauben die Zeit des Eintragungsantrags entscheidet, insbesondere gegenüber einem Verfügungsverbote. Sie macht damit den guten Glauben zur Zeit des Eintragungsantrages zu einem Elemente des Rechtserwerbes, und demgemäß ist, wo es auf den guten Glauben überhaupt ankommt, nur dieser gute Glaube maßgebend. Diese Ausführungen beziehen sich selbstverständlich ebenso wie B.G.B. § 892 und die erwähnten Vorschriften der §§ 7 und 15 nur auf den rechtsgeschäftlichen Erwerb und lassen auch den Fall bei Seite, in dem der Rechtserwerb sich nicht schon mit der Eintragung, sondern mit der nachfolgenden Einigung der Betheiligten vollzieht. Anderer Meinung ist Jäger Anm. 19 zu § 30.

14) B. Zu Nr. 1 Satz 1 (1a): Voraussetzungen des ersten Satzes (Nr. 1a) sind:

a. daß ein Rechtsgeschäft von dem G.Schuldner eingegangen ist, und

b. daß durch dessen Eingehung die K.Gläubiger benachtheiligt werden.

I. **Der Begriff des Rechtsgeschäfts, das der G.Schuldner „eingeht"**, setzt im Gegensatz zu den auch die einseitigen Handlungen umfassenden „Rechtshandlungen" im § 29, einen Vertrag des G.Schuldners mit einem Andern voraus, der im Falle der Anfechtung der Gegner des anfechtenden Verwalters wird, mindestens eine, von dem Andern genehmigte Handlung des G.Schuldners; es muß auch ein Eingehen des anderen Theils vorhanden sein; vgl. Harburger, J.W. 1885 S. 391. Zweiseitige und sog. einseitige Verträge können betroffen werden: vertragsmäßige Ver- oder Entäußerungen, dando, solvendo, obligando, liberando; nicht einseitige Verzichte, die ohne Vertragsmäßigkeit nicht „eingegangene Rechtsgeschäfte" sind. Vgl. Petersen-Kleinfeller II, 14; Endemann S. 242. Daraus, daß die Gewährung von Sicherung oder Befriedigung an K.Gläubiger (Erfüllung, Zahlung) im zweiten Satze der Nr. 1 und in Nr. 2 besonders behandelt ist, folgt, daß solche Rechtshandlungen, auch wenn sie Verträge sind, nur nach diesen besonderen Vorschriften zu beurtheilen sind, also von Nr. 1a nicht betroffen werden. Hierfür ist es daher auch nicht entscheidend, ob Zahlung und Erfüllung an sich „Rechtsgeschäfte" sind. A.M. Cosack S. 169. Ferner sind hinsichtlich der Wechselzahlungen, die der G.Schuldner geleistet hat, im § 34 besondere den § 30 Nr. 1 modifizirende Vorschriften gegeben. Sonst ist keine Art von Rechtsgeschäften ausgeschlossen. Das Eingehen eines Wechselsgeschäfts, die Uebernahme einer Wechselverpflichtung nach der kritischen Zeit — vom § 34 nicht betroffen — fällt unter Nr. 1a, der G.Schuldner mag als Acceptant, Aussteller, Indossant oder sonst die Wechselschuld kontrahirt haben. Vgl. Anm. 1 zu § 29.

Digitized by Google

Für Nr. 1 a ist es nicht Voraussetzung, daß das Rechtsgeschäft lediglich dem freien Willen des G.Schuldners unterworfen war. Mot. 119, 120 u. § 35. Die aus diesem Grunde für das frühere preuß. Recht deduzirte Ausschließung der Anfechtung von Erbtheilungen (Strieth. 18, 127) ist daher beseitigt. Ebenso begründet es keine Ausschließung, daß ein vollstreckbarer Schuldtitel für das Rechtsgeschäft vorliegt § 35.

15) II. Das weitere Erforderniß, für die Fälle der Nr. 1 a, **daß durch die Eingehung des Rechtsgeschäfts die K.Gläubiger benachtheiligt werden** (desgleichen für § 32 Nr. 2), ist aufgestellt, weil ein Rechtsgeschäft, das keinen Betrug und keine Freigebigkeit enthält, den Gläubigern gegenüber nur dann unbillig ist, wenn es die Vermögensmasse des Schuldners schädigt. Wer ein angemessenes Entgelt giebt und das Vermögen des Schuldners nicht verringert, soll nicht dafür verantwortlich gemacht werden, daß der Erfolg vielleicht das Geschäft zu einem nachtheiligen stempelt. Entsprechend dem Anfechtungsgrunde der Wissenschaft des anderen Theils „zur Zeit, als er das Geschäft einging", kommt es nur darauf an, daß das Rechtsgeschäft zur Zeit der Vornahme mit Rücksicht auf die damals vorhandenen thatsächlichen Umstände für die Gläubiger nachtheilig war. Mot. 117, 118. Um dies schärfer auszudrücken, ist statt der Fassung des Entw.: „eingegangenen, die Gläubiger benachtheiligenden, Rechtsgeschäfte" von der R.K. die jetzige Fassung beschlossen: Rechtsgeschäfte, durch deren Eingehung die K.Gläubiger benachtheiligt werden." Prot. 20, 21.

Diese Voraussetzung ist eine für Nr. 1 a (und § 32 Nr. 2) besonders geltende, und für Nr. 1 b und Nr. 2 nicht anwendbare Ausnahme von der sonstigen allgemeinen Regel, daß es für Anfechtungen nicht darauf ankommt, ob durch die Rechtshandlung das zu deren Zeit vorhandene Vermögen des G.Schuldners vermindert wird, vgl. Anm. 6 zu § 29. **RG. 33**, 123. Für die Frage, ob eine Benachtheiligung stattgefunden hat, ist nicht der Standpunkt des Schuldners, sondern der der Gläubiger entscheidend, **RG. 10**, 8. Die Benachtheiligung durch das Rechtsgeschäft zur Zeit der Vornahme erfolgt ohne Rücksicht darauf, ob der Schuldner insolvent ist oder durch das Geschäft insolvent wird, wenn durch das Geschäft zu seiner Zeit eine Fortgabe von Vermögensstücken des Schuldners ohne gleichzeitige Zuführung des ökonomischen Werths zu seiner Vermögensmasse bewirkt wird, also namentlich, wenn der Werth der Gegenleistung, die der G.Schuldner erhält oder erhalten soll, geringer ist, als der von ihm aufgegebene; indeß auch durch Fortgabe von Vermögensstücken, deren Gegenwerth im Vermögen des Schuldners für die Befriedigung der Gläubiger nicht die gleiche Werthsbedeutung hat: Verkauf auf Kredit für zweifelhafte Käufer, Annahme zweifelhafter Forderungen an Zahlungsstatt, Pfandbestellungen, Ueberlassung gegen Altentheil, vgl. **RG 13**, 41; 19. Mai 1883, J.W. S. 227; 5. April 1887, J.W. S. 208, Nass.A. **31**, 1127; Brettner in J.W. 1883 S. 213—216; Cosack S. 75, 169. Wenn dagegen der G.Schuldner für die Hingabe eines Vermögensgegenstandes ein in jeder Hinsicht auch vom Standpunkte der Gläubiger aus für die Befriedigung von Gläubigern hinreichendes Aequivalent erhalten hat, so kann „durch die Eingehung des Rechtsgeschäfts" eine Benachtheiligung der Gläubiger nicht erfolgt sein. Daß der G.Schuldner den erhaltenen Kaufpreis der K.Masse entzogen hat, ist hierfür einflußlos **RG. 27**, 99; **29**, 77; 13. Febr. 1893, J.W. 201; vgl. **RG. 10**, 6; **15**, 62; **16**, 122; **21**, 95; **24**, 135; abw. **18**, 123. Ein in jeder Hinsicht gleichwerthiger Entgelt wird indeß nicht gewährt, wenn der Erwerber bei gleichzeitiger Existenz anderer Gläubiger nur einzelne Gläubiger befriedigen soll, **RG.** 12. Okt. 1894, J.W. 546. Dagegen ist es nicht entscheidend, ob die damals vorhandenen, oder die thatsächlich angemeldeten und beim Konkurse sich betheiligenden Gläubiger, sondern ob alle möglichen angemeldeten oder künftig etwa anzumeldenden Gläubiger geschädigt werden; Oetker **1**, 131; eine Schädigung aller gegenwärtigen und zukünftigen Gläubiger liegt darin, daß durch das Geschäft die verwerthbare Vermögensmasse des Schuldners für die Zukunft verringert wird. Ob etwa eine geringe Differenz der beiderseitigen Leistungen mit Rücksicht auf die Unsicherheit genauer Schätzung eine „Benachtheiligung" enthält, unterliegt nach dem hier anwendbaren § 287 C.P.O. der freien Ueberzeugung des Prozeßgerichts. Auch die bloße Verzögerung der Befriedigung, also die Weggabe eines Vermögensrechts gegen ein Aequi-

Digitized by Google

valent, dessen Verwerthung zeitraubender ist, ist eine Benachtheiligung. RG. in Raff. K. 24, 1066. — Hiernach ist zu entscheiden, ob eine Benachtheiligung bei den unter Nr. 1a fallenden Rechtsgeschäften vorliegt, also namentlich bei dem Kaufe oder Verkaufe einer Sache oder Forderung, bei Hingabe an Zahlungsstatt, Vergleichen, gewagten Geschäften (hier wohl immer), Darlehensgeschäften; ferner bei den mit Anderen als den Gläubigern des G.Schuldners (vgl. Anm. 14) eingegangenen Rechtsgeschäften über Wechselverpflichtungen, Pfand- und Retentionsrechten. Auch unerfüllte Verträge sind nach Nr. 1a anfechtbar, ohne Rücksicht, ob die §§ 17 ff. darauf anwendbar sind. Ob das vom Verwalter nach § 17 gestellte Verlangen der Erfüllung einen Verzicht auf das Anfechtungsrecht oder eine Genehmigung des Vertrages enthält, und ob eine solche Erklärung widerrufen werden kann, wird nach den konkreten Umständen, besonders auch der Kenntniß des Verwalters von den Anfechtungsgründen zu beurtheilen sein.

16) Auf Erfüllung von Verpflichtungen ist Nr. 1a nicht anwendbar. Die Erfüllung des G.Schuldners an seine Gläubiger fällt nur unter Nr. 1b oder Nr. 2, vgl. Anm. 14. Wenn ein Schuldner des G.Schuldners diesem gewährt, was er schuldig war, ist die Masse durch das Rechtsgeschäft nicht benachtheiligt und ist aus diesem Grunde Nr. 1a nicht anwendbar; auch nicht Nr. 1b oder Nr. 2, die das Verhältniß zu Gläubigern des G. Schuldners voraussetzen. (Abw. E. I, § 28; vgl. Mot. 121 und Mot. v. 1873 S. 155.) Zulässig bleibt hierfür nur die Anfechtbarkeit aus § 32; Anm. 1 zu § 32. Vgl. RG. 8. Juli 1882 J.W. 224; Cosack S. 188—190. — Quittungen sind als bloße Beweismittel überhaupt nicht anzufechten, sondern nur die Rechtshandlungen, worauf sie beruhen. — Leistet ein Schuldner des G.Schuldners auf Anweisung des G.Schuldners an einen Gläubiger des G.Schuldners das Geschuldete, so ist dies diesem Gläubiger gegenüber aus Nr. 1b oder Nr. 2 anfechtbar; die Anfechtung dem Schuldner gegenüber ist ausgeschlossen, weil eine Benachtheiligung durch die Leistung fehlt. Leistung an einen Gläubiger ohne Auftrag oder Genehmigung des G.Schuldners ist negotiorum gestio und nicht ein von dem G.Schuldner eingegangenes Rechtsgeschäft, gehört also aus diesem Grunde nicht unter Nr. 1a. Ob und wieweit dies für den Leistenden gegenüber dem G.Schuldner liberatorische Wirkung hat, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu beurtheilen. Vgl. B.G.B. §§ 677 ff., früher A.L.R. I. 13 §§ 228 ff., 258. Stieglitz Anm. VII.

17) Die Beweislast ist für die Fälle Nr. 1 S. 1 u. 2 gleichmäßig geregelt. Den Beweis für sämmtliche anfechtungsbegründenden Thatsachen, also auch für die Kenntniß des Gegners in jener Zeit hat der Verwalter zu führen, er mag die Anfechtung durch Klage oder Einrede geltend machen. Von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen ist für Nr. 1 keine Ausnahme gemacht. Zu beweisen ist das Doppelte: die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag und die Kenntniß des Gegners davon. Ueber die Zulässigkeit der Eideszuschiebung zum Beweis für die Zahlungseinstellung vgl. Anm. 9. Ebenso zulässig ist die Eideszuschiebung darüber, daß der Gegner die Einbringung des Eröffnungsantrags oder bestimmte die Zahlungseinstellung begründende Thatsachen gekannt habe, C.P.O. § 445. RG. 3, 430. Die Eideszuschiebung über das Wissen ist indeß nur erheblich, wenn die objektiven Thatsachen selbst unbestritten oder erweislich richtig sind, RG. 7. Dezbr. 1892, J.W. 1893 S. 96.

18) C. Gemeinsames zu Nr. 1 Satz 2 (Nr. 1b) und zu Nr. 2.

I. **Sicherung oder Befriedigung eines K.Gläubigers.** Der zweite Satz der Nr. 1 und die Nr. 2 betreffen die in der kritischen Zeit nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage (zu Nr. 2 in den letzten 10 Tagen vorher) aber vor der K.Eröffnung (wegen späterer vgl. §§ 7, 15) erfolgten Rechtshandlungen, die einem K.Gläubiger Sicherung oder Befriedigung gewähren. Nur Konkursgläubiger (und nur Sicherungs- oder Erfüllungs-Handlungen für diese) kommen für Nr. 1b u. Nr. 2 in Betracht. Darunter sind für das Vorstadium vor der K.Eröffnung sinngemäß solche Gläubiger verstanden, die, wenn im Vorstadium schon Konkurs eröffnet wäre, K.Gläubiger sein würden, falls der von ihnen behauptete Anspruch begründet wäre. In diesem Sinne sind auch die Gläubiger der im § 63 Nr. 3, 4 bezeichneten Forderungen K.Gläubiger; sie haben noch

Digitized by Google

weniger Rechte als die eigentlichen K.Gläubiger gerade hier, wo es sich darum handelt, die K.Masse so herzustellen, wie sie sein sollte (anders in den früheren Auflagen). Ebenso sind bedingtberechtigte K.Gläubiger (§ 67) sowie Gläubiger, die eine von ihnen selbst geschuldete Gegenleistung zur Zeit noch nicht geleistet haben, (gegen Cosack S. 172) nicht ausgeschlossen. Ob die Gläubiger zugleich ein Absonderungsrecht haben, begründet keinen Unterschied und beseitigt ihre Qualität als K.Gläubiger nicht; vgl. §§ 3, 64. Nur soweit sie aus dem Absonderungsobjekte Befriedigung erhalten, unterliegt diese nicht der Anfechtung; gegen eine Befriedigung aus anderen Gegenständen ist die Anfechtung nicht ausgeschlossen. RG. 8. April 1902 J.W. 273; Cosack S. 174. Abweichend in verschiedener Richtung Fitting § 16 Anm. 18; Stieglitz Anm. IV. 2; Völderndorff S. 327 zu K.; Otto S. 120; Frohwann S. 30. Vgl. indeß RG. 9. Dez. 1886. J.W. 1887 S. 14. — Ist eine Leistung nicht zur Befriedigung oder Sicherung einer Forderung gemacht, z. B. an einen Mandatar, der sie weiter geben soll, so ist eine Anfechtung und ein Anfechtungsanspruch aus § 30 Nr. 1 S. 2 und Nr. 2 gegen den Empfänger nicht begründet. RG. 35, 26. (Der G.Schuldner hat dem Gefälligkeitsacceptanten die Wechselsumme zur Bezahlung des demnächst fällig werdenden Wechsels gegeben.)

19) II. Vorausgesetzt sind **Gläubiger, die für eine schon vorher begründete** (oder als vorher begründet behauptete) **Forderung** nachträglich **Sicherung oder Befriedigung erhalten.** Die Vorschriften der Nr. 1b und 2 sind nicht anwendbar, wenn vertragsmäßig (vor oder nach Beginn der kritischen Zeit) Forderung und dafür Sicherung (durch Pfand- oder Hypothekbestellung) oder Befriedigung *gleichzeitig* begründet werden, oder wenn *unter* oder *nach* Sicherstellung (Kaution) eine Forderung begründet wird. Dies ist ein neues Rechtsgeschäft, welches nur für sich nnter denselben Voraussetzungen, wie sonstige Rechtsgeschäfte nach § 30 Nr. 1a, 31, 32 anfechtbar ist. RG. 29, 77; 25. April 1890, J.W. 192; R.O.H. 14, 72; Mot. 130. — Die Anfechtung der Zahlung an einen privilegirten Gläubiger, § 63, fällt an sich ebenfalls unter § 30; indeß wenn dieser unfehlbar aus der K.Masse die gleiche Befriedigung erhalten würde, wird der Anfechtung die exc. doli entgegengesetzt werden können; dolo facit, qui petit, quod redditurus est. Kohler S. 241.

20) III. Der Nachweis einer *durch* die Sicherungs- oder Erfüllungshandlungen zur Zeit dieser erfolgten **Benachtheiligung,** wie für Nr. 1a Anm. 15 ist nicht verlangt. Es bewendet bei der allgemeinen Regel, Anm. 5 zu § 29, daß die allgemeine Masse schon dadurch benachtheiligt ist, daß darin die entzogenen Werthe fehlen, während die K.Gläubiger nicht oder nicht vollständig befriedigt werden, wie der K.Zustand ergiebt. Vorausgesetzt ist indeß deshalb und gemäß § 37, daß aus dem Vermögen des G.Schuldners (nicht aus fremdem) gewährt ist, vgl. RG. 48, 148.

21) IV. Anfechtbar sind nach Nr. 1b wie nach Nr. 2 Sicherungs- und Erfüllungshandlungen, ohne Rücksicht darauf, ob sie **mit, ohne oder gegen den Willen des G. Schuldners** erfolgen, also nicht bloß dessen vertragsmäßige oder freiwillige Leistungen, sondern auch solche, die gegen ihn durch *Zwangsvollstreckung* oder *Arrestvollziehung* erzwungen sind. Im Entw. war zu Nr. 1b redigirt: „die — von ihm (dem G.Schuldner) an einen K.Gläubiger *vorgenommenen* Leistungen, wenn dem Gläubiger u. s. w." Dafür ist von der R.K. die jetzige Redaktion: „die — *erfolgten* Rechtshandlungen, welche einem K.Gläubiger Sicherung oder Befriedigung gewähren, wenn u. s. w." beschlossen, um auch die zu umfassen, die durch Vermittelung des Gerichts oder durch staatliche Vollstreckungsorgane bewirkt sind, Grundbucheintragungen und Pfändungen. Aus demselben Grunde ist unter Nr. 2 das Wort: „erfolgten" (statt „vorgenommenen" Rechtshandlungen „des G.Schuldners", wie der Entw. sagte) gesetzt; ebenso im § 33. Prot. 20—22, 25. Hiernach sind nicht nur Rechtshandlungen, die in Folge von Zwangsvollstreckungen oder Arresten von dem G.Schuldner selbst geleistet werden, sondern die Pfändungen und Vollstreckungshandlungen selbst als die im Sinne des § 30 „erfolgten Rechtshandlungen" anfechtbar, RG. 3, 395. Ob sie als Handlungen des Schuldners zu gelten haben (vgl. Anm. 2 § 29), ist nach der jetzigen Redaktion für Nr. 1b und 2 unerheblich. Anfechtbar ist aus diesem Grunde die Pfändung und die Vollstreckungshandlung,

Digitized by Google

durch die Sicherung bez. Befriedigung gewährt wird, (die Arrestpfändung, nicht der Arrest, RG. 7. April 1886, J.W. 147), so auch Anträge auf Eintragung vollstreckbarer Forderungen auf Grundstücken § 866, 867 C.P.O. und auf Eintragungen von Pfändungen oder Ueberweisungen von Hypothekenforderungen § 26 G.O. und § 1155 B.G.B., Vollziehung einstweiliger Verfügungen C.P.O. § 936; auch die zur Pfandsicherung ermächtigende Ertheilung einer vollstreckbaren Urkunde, RG. 29. Jan. 1886, J.W. 91; vgl. ferner Anm. 27—37 und Anm. zu § 35.

22) D. **Zu Nr. 1 Satz 2** (Nr. 1b). Der zweite Satz der Nr. 1 umfaßt alle Sicherungs- und Erfüllungshandlungen, auch (abw. von Nr. 2) solche, die der Gläubiger zur Zeit ihrer Leistung beanspruchen könnte, wenn die Anfechtung nach Nr. 1b nicht begründet wäre (**kongruente Deckung**). RG. 16. Mai 1892, Raff.K. **36**, 1190, J.W. 311. Zur Ausgleichung der Verletzung der par conditio der Gläubiger wird der Anfechtung unterworfen, wer bei Kenntniß von der Zahlungseinstellung oder dem K.Eröffnungsantrage (wenngleich in Höhe und zur Verfallzeit seines Anspruchs), gesichert oder befriedigt wird; er kann die Erfüllung seines Sicherungs- oder Befriedigungsanspruchs nur auf die Gefahr der K.Eröffnung und der Anfechtung annehmen. Mot. 119. Die Erfüllung ist anfechtbar, ohne Rücksicht, ob der Abschluß des erfüllten Rechtsgeschäfts anfechtbar oder der Gläubiger zur Annahme verpflichtet ist. Vgl. Rocholl in J.W. 1883 S. 9, 25, 41 ff. gegen die das. citirten Entsch. des RG. Sind die Kontrahirung der Schuld und die Sicherung oder Befriedigung in der kritischen Zeit erfolgt, so ist beides anfechtbar, die Schuld aus Nr. 1a, Sicherung und Erfüllung aus Nr. 1b. Vgl. Anm. 32 ff. — Der Anfechtung steht nicht entgegen, daß die Leistung an einen Bevollmächtigten des Gläubigers erfolgte, vgl. Anm. 12 und die dortigen Citate; oder an einen Unbeauftragten, falls dessen Thätigkeit von dem Gläubiger genehmigt wird. Windscheid § 74 Anm. 5; B.G.B. § 177, 180 A.L.R. I. 13 §§ 142, 239 (andernfalls § 240). — Auf die Uebernahme von Wechselverbindlichkeiten zur Sicherung oder Befriedigung eines Gläubigers findet Nr. 1b ebenfalls Anwendung (vgl. Anm. 14, indeß auch Anm. 27 ff.); auf Wechselzahlungen nur, insoweit § 34 nicht modifizirt.

23) Nach der besonderen Vorschrift des **§ 13 Abs. 3 Ges. v. 21. Juli 1879** findet auch auf die Anfechtung derjenigen Sicherung oder Befriedigung, die ein Gläubiger in Folge eines außerkonkursmäßigen Anfechtungsanspruchs erlangt hat, der § 30 Nr. 1 „entsprechende Anwendung", ohne Rücksicht, ob dabei eine Rechtshandlung des G.Schuldners oder eine Rechtshandlung gegen diesen konkurrirte, sowie ohne Rücksicht darauf, daß der Gläubiger das ihm Gewährte nicht aus dem Vermögen des G.Schuldners, sondern von seinem Anfechtungsgegner erhielt. Die Vorschrift ist aber auf die Anfechtung aus § 30 Nr. 1 beschränkt und darf namentlich nicht auf die Anfechtung aus § 40 Abs. 2 Ziff. 1 ausgedehnt werden. RG. **39**, 79. Sie richtet sich ferner nur gegen die Gläubiger, die bei der K.Eröffnung nicht mehr selber im Anfechtungsprozeß begriffen waren. Auf solche findet immer die Vorschrift des § 13 Abs. 1 Anwendung, selbst wenn sie die aus dem Vermögen des Schuldners anfechtbar weggegebene Sache oder Forderung bereits gepfändet haben. Kraft der nur obligatorischen Wirkung der Anfechtung erlangen sie mit einem Schuldtitel gegen ihren Schuldner ein Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstande erst dann, wenn der Anfechtungsanspruch durchgeführt, das heißt rechtskräftig entschieden und vollstreckt und damit das anfechtbar entzogene Vermögensstück wieder zum Vermögen des Schuldners zurückgewährt ist. Nicht zu billigen ist die noch weiter gehende Entscheidung des Reichsgerichts vom 24. Mai 1897, RG. 32, 101, nach der ein Gläubiger der eine Forderung gepfändet hat, selbst dann noch nicht eine Sicherung im Sinne des § 13 Abs. 3 erlangt haben soll, wenn der Anfechtungsanspruch zu seinen Gunsten durch rechtskräftiges Urtheil entschieden ist. Das Reichsgericht verkennt hierbei den Umfang der Pflicht zur Rückgewähr bei einer Einzelanfechtung. Sie geht nach § 7 des Anf.Ges. nur dahin, daß der Anfechtungsgegner das anfechtbar Entzogene nur soweit und „als zum Vermögen des G.Schuldners gehörig" zurückzugewähren hat, wie es zur Befriedigung der Gläubiger nöthig ist. Dies geschieht, indem der Anfechtungsgegner die Pfändung in

Digitized by Google

die nach wie vor in seinem Eigenthum stehende Forderung duldet. Ist der Gegner zu dieser Duldung rechtskräftig verurtheilt, so gilt — vgl. RG. 19, 202 — die Pfändung als von Anfang an rechtsgültig geschehen. Der Einzelanfechtungsgläubiger hat also an der dem Anfechtungsgegner gehörenden Forderung ein Pfandrecht und damit eine Sicherung aus dem „Zurückzugewährenden" erlangt (§ 13 Abs. 3 Anf.Ges.). Er ist im Konkurse Absonderungsberechtigter, darf als solcher abgesonderte Befriedigung aus dem Erlös verlangen, unterliegt aber der Vorschrift des § 13 Abs. 3 des Anf.Ges. Ueber die Sicherheitsgewährung zu Nr. 1b und 2 vgl. ferner Anm. 27 ff.

24) E. Zu Nr. 2. Im Gegensatze zu Nr. 1 Satz 2 betrifft N. 2 die s. g. objektiven Begünstigungen eines Gläubigers durch eine Sicherung oder Befriedigung, welche er zur Zeit derselben auch ohne Anfechtbarkeit nicht beanspruchen konnte (**nicht-kongruente Deckung**). Die leichtere Anfechtbarkeit solcher gefährlicheren Rechtshandlungen gründet sich darauf, daß der Gläubiger vermuthlich die Lage des Schuldners, Zahlungseinstellung, Eröffnungsantrag oder Begünstigungsabsicht des G.Schuldners gekannt hat oder mindestens fahrlässig in seiner Erkundigung gewesen ist; deshalb wird für die Anfechtung in den Fällen der Nr. 2 nicht der Nachweis der Kenntniß des Anfechtungsgegners von der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungstage verlangt, aber demselben der Einwand der Unkenntniß hiervon und von einer Begünstigungsabsicht des G.Schuldners gestattet. Mot. 125. Außer der Inkongruenz der Deckung sind für Nr. 2 charakteristisch: die Präsumtion der entsprechenden Kenntniß vgl. Anm. 2, 9, 11 und die Ausdehnung auf Rechtshandlungen, die in den letzten zehn Tagen vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage erfolgt sind. Für die Zeitberechnung der zehn Tage ist § 187 B.G.B. maßgebend, so daß also der Tag vor dem Tage der Zahlungseinstellung oder der K.Eröffnung der letzte der „letzten zehn Tage" ist. Ebenso war es übereinstimmend nach dem gem. und preuß. bürgerlichen Rechte. RG. 26, 5; 29. Jan. 1891, Raff.K. 35, 1159. Windscheid § 120 Nr. 2a. A.L.R. I. 3 § 45. Strieth 34, 236: 61, 8. Stegliz S. 140; Hullmann S. 141; Otto S. 193, 134. Vgl. Cosack S. 98, 103.

25) Unter Nr. 2 gehört jede Gewährung einer Sicherung oder Befriedigung, die der Gläubiger entweder überhaupt nicht, oder nicht in der (gewährten) Art oder nicht in der Zeit (der erfolgten Gewährung) zu beanspruchen hat. **Zu „beanspruchen" hat der Gläubiger** nur, was er rechtlich und klagbar verlangen kann. Die Gewährung einer solchen Erfüllung ist von Nr. 2 ausgeschlossen, RG. 8. Jan. 1886, J.W. 74, auch wenn sie nach einer unanfechtbaren Pfändung erfolgt, RG. 23. März 1891, J.W. 250. (Einen solchen civilrechtlichen Anspruch giebt aber nicht das im § 6 preuß. Ges. v. 13. Juli 1883 bestimmte Recht auf Eintragung. RG. 13. Nov. 1893, J.W. 1894 S. 16.) Jede andere Leistung ist unter den Voraussetzungen der Nr. 2 anfechtbar, insbesondere Erfüllungen vor der Verfallzeit. Zahlungen durch nicht obligationsmäßige Mittel, datio in solutum, RG. 11. Juli 1893, J.W. 384; Vereinbarungen über Ablürzung der Verfallzeit, über andere Befriedigungsarten; Erfüllung einer überhaupt nicht klagbaren Forderung (a.M. Grützmann S. 183 ff.), Gewährung von Pfandrechten ohne Verpflichtung dazu, Rechtsgeschäfte zur Herbeiführung einer Kompensation (RG. 18. Jan. 1895, J.W. 82; Strieth. 58, 175; 77, 148; R.O.H. 7, 335; 10, 209) oder eines Retentionsrechts. Mot. 126—128.

26) Abgesehen von der Sicherung (darüber s. Anm. 27—37) ist **beispielshalber** hervorzuheben: Als anfechtbare Hingabe an Zahlungsstatt (Erfüllung in anderer „Art") ist es nicht anzusehen, wenn die Erfüllung in der gewährten Art verkehrsgebräuchlich angenommen werden muß, — namentlich, wenn statt gesetzlichen baaren Geldes die allgemein wie Geld behandelten Geldzeichen, Reichskassenscheine, Reichsbanknoten und die im deutschen Reiche allgemein kursirenden deutschen Privatbanknoten, in geringen Umfange auch Postmarken gegeben und angenommen werden, vgl. auch § 244 B.G.B., vgl. ferner Koch, Busch 3, 363, wenngleich die Hingabe anderer, als gesetzlich geldgleicher Papiere für Geld an sich datio in solutum ist, RG. 19. Juni 1884, J.W. 124, Eccius 1, § 91 Nr. 4, — H.G.B. § 346, Mot. 126, 127; in solchem Falle ist also nicht aus Nr. 2, sondern nur aus Nr. 1b anzufechten. Vgl. Kohler S. 246. Auf ausländisches Geld und Wechsel ist dies jedenfalls nicht auszudehnen; auch nicht

Digitized by Google

auf Ueberweisung auf Giro-Conto der Reichsbank, RG. 25. Okt. 1892, Raff. K. 37, 919. Eine kurz vor der Fälligkeitszeit (etwa am Tage vorher) erfolgte Erfüllung nach der Verkehrssitte als eine im Sinne der Nr. 2 nicht verfrühte anzusehen, ist nicht zulässig; eine Erfüllung vor einer vereinbarten Stunde wird freilich entsprechend der anzunehmenden Absicht nicht als vorzeitig anzusehen sein. — Zahlung innerhalb der kritischen Zeit, indeß nach Ablauf der maßgebenden Kündigungsfrist, gehört nicht unter Nr. 2, sondern nur unter Nr. 1 b. Obtr. 76, 319; eine Kündigung während des Laufes der kritischen Frist ist durch das Gesetz nicht ausgeschlossen. — Hinsichtlich einer Erfüllung vor der Verfallzeit ist die Anfechtbarkeit nach dem Zusammenhange des Wortlauts aus Nr. 2 stets statthaft, auch wenn die Verfallzeit nach der wirklich erfolgten Erfüllung noch in die kritische Zeit fällt. — Die Anfechtung der Uebernahme von Wechselverpflichtungen, durch § 34 nicht berührt, ist aus Nr. 2 statthaft. RG. 28. Jan. 1882. J.W. 91; vgl. indeß Anm. 27.

F. Zu Nr. 1 Satz 2 und Nr. 2. Besonderer Erörterung bedarf die Gewährung einer Sicherung.

27. I. Nicht betroffen wird von § 30 eine Sicherung, die ein Dritter für den G. Schuldner gewährt (so auch die Wechselunterschrift eines Dritten); sie kann nur im Konkurse über das Vermögen des Dritten in Betracht kommen. Als Sicherung aus den Mitteln eines Dritten ist sie keine Schädigung der K.Masse; ist sie durch ein die Gläubiger benachtheiligendes Rechtsgeschäft erwirkt, so kann dieses allerdings angefochten werden. Vgl. Cosack S. 192. Es ist also zu beachten, daß sie nicht auf Kosten des G.Schuldners erfolgt sein darf RG. 36, 163; 4. Juli 1899, J.W. 540. Jede Handlung, die der Dritte als Beauftragter des G.Schuldners vorgenommen hat, unterliegt der Anfechtung, während die mit der Ertheilung des Auftrags erfolgte Zahlung an den Beauftragten der Anfechtung entzogen ist, RG. 35, 27, vgl. A. 18. In gleicher Weise muß die von einem Angewiesenen erfolgte Leistung behandelt werden. Die Sicherung (Bürgschaft, Pfand-, Hypothek-Bestellung), die der G.Schuldner für einen Dritten, der nicht sein Gläubiger ist, gewährt, fällt unter Nr. 1 a oder § 32.

28) II. Die Frage, zu welcher Zeit eine Sicherung gewährt sei, ist nach den für § 15 erörterten Grundsätzen zu entscheiden. Abweichend vom § 15 ist indeß auch die Anfechtbarkeit der Retentionsrechte gemäß §§ 369—372 H.G.B. möglich, wenn mit dem Willen des G.Schuldners dessen Sachen nach der kritischen Zeit in den Besitz des andern Theils gekommen sind. Stieglitz S. 138. — Alle zum Erwerbe der Sicherheit nöthigen Erwerbsakte müssen vor der kritischen Zeit erfolgt sein, um die Anfechtbarkeit je nach Nr. 1 oder 2 auszuschließen. Ist dies der Fall, so bleibt es ohne Einfluß, ob der Erfolg der Rechtshandlung, durch die die Sicherung gewährt wird, — Verkauf nach der Pfändung — erst nach Beginn der kritischen Zeit eingetreten ist. Anm. 2; Mot. 128; Cosack S. 103. Die Sicherheit ist da, wo zur Rechtswirksamkeit die Eintragung in das Grundbuch erforderlich ist, schon dann gewährt, wenn der Eintragungsantrag nach erfolgter Einigung eingereicht ist, vgl. Anm. 13. Ist vor Eintritt der kritischen Zeit vorgepfändet, C.P.O. § 845, so soll nach RG. 42, 365 die Pfändung der Anfechtung entzogen sein, wenn die Nachpfändung auch erst innerhalb der kritischen Zeit erfolgt ist. Der dafür angeführte Grund, daß die Nachpfändung durch eine Anfechtung nicht an sich ungültig, sondern nur den K.Gläubigern gegenüber unwirksam werde, ist unverständlich; die Unwirksamkeit bedeutet eben, daß den K.Gläubigern gegenüber eine Nachpfändung nicht erfolgt, die Vorpfändung also nicht wirksam geworden ist.

29) III. Zur Anwendbarkeit der Nr. 2 ist aber ferner nöthig, daß der Gläubiger die Sicherung nicht zu beanspruchen, d. h. nicht schon vorher einen klagbaren Anspruch darauf hatte. Hatte er einen solchen Anspruch, so ist Nr. 2 auch dann ausgeschlossen, wenn die freiwillige oder erzwungene Feststellung des Anspruchs oder dessen Verwirklichung erst nach Beginn der zehn Tage erfolgt ist. Mot. 130. Eine Sicherung für eine Wechselforderung ist demnach aus Nr. 2 nicht anfechtbar, wenn der Gläubiger zur Zeit der Sicherheitsstellung gemäß Artt. 26, 29, 98 Nr. 4 W.O. einen Anspruch auf Sicherheitsleistung hatte. Vgl. Kohler S. 249.

Digitized by Google

Durch das Recht auf Befriedigung einer fälligen Forderung hat der Gläubiger nicht ein Recht auf Sicherung. Dies ist nicht ein minus, sondern etwas generisch Anderes. RG. 2, 374, 378; 7, 110; 10, 33.

30) IV. **Sicherung durch Pfändung.** Wie Anm. 21 bemerkt, ist nach §§ 30, 35 die durch Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung bewirkte Pfändung, auch abgesehen von einer Anfechtbarkeit der Forderung, für sich selbst anfechtbar, aus Nr. 1 b oder auch Nr. 2 je nach den sonstigen Voraussetzungen. Es ist zu unterscheiden:

31) a. Ausgeschlossen ist jede Anfechtung einer Pfändung aus § 30, **wenn vor dem kritischen Zeitpunkte das Pfandrecht erworben,** also vorher die Pfändung einschließlich der etwa nöthigen Eintragung in das Grundbuch erfolgt war. Es liegt dann keine dem § 30 Nr. 1 oder Nr. 2 unterliegende Sicherungshandlung vor, weil dessen Zeitbestimmungen dann nicht zutreffen. Dies gilt auch zu Gunsten einer Forderung, für die in dieser Zeit im Wege des Arrestes eine Pfändung erfolgt ist, selbst wenn noch kein vollstreckbares Urtheil in der Hauptsache ergangen und auch in andrer Weise die Forderung noch nicht festgestellt worden ist. Der § 35 ist ausgeschlossen, weil die anzufechtende Handlung, d. i. die Pfändung eben hier nicht anzufechten ist. Demnach kann auch die auf dem Absonderungsrechte aus solcher Pfändung beruhende, wenngleich erst in der kritischen Zeit erfolgte Befriedigung nicht angefochten werden, RG. 17, 27, 28.

32) b. **Erfolgte die Pfändung während der letzten 10 Tage** vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage, so ist nur eine Anfechtung aus Nr. 2 denkbar. Sie ist ausgeschlossen, wenn schon vor Beginn der 10 Tage ein Anspruch auf Sicherung begründet war: denn dann wurde dem Gläubiger nur gewährt, was er zur Zeit in derselben Art beanspruchen konnte. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Schuldner zur Leistung einer Sicherheit verurtheilt worden ist. Anders ist es, wenn der Schuldtitel nicht auf Sicherung, sondern auf Zahlung lautet. Dann ist zu bemerken:

33) 1. **Die Erlangung eines Schuldtitels vor der kritischen Zeit entzieht die auf Grund dieses Schuldtitels in der kritischen Zeit vorgenommene Pfändung nicht der Anfechtung.** Durch das Recht auf Befriedigung einer fälligen Forderung hat der Gläubiger an sich nicht ein Recht auf Sicherung. Erlangt er (freiwillig oder exekutivisch) ein Pfandrecht, so wird ihm ein Anderes („in anderer Art", nicht ein minus) gewährt, als er zu fordern hat und das Pfandrecht ist nach Nr. 2 anfechtbar. RG. 2, 375 (378); 7, 37; 10, 33 (verein. Civilsen.). Auch die Erlangung eines Arrestbefehls für die Pfändung und deren Bewirkung durch Arrestvollziehung begründen daher wegen § 35 keinen Einwand gegen die Anfechtung; noch weniger also der Anspruch auf Arrestanlegung RG. 2, 375; 3, 398; 6, 37; (a.M. Grüßmann S. 187, 188) und ebensowenig die Ertheilung einer vollstreckbaren Urkunde, durch die sich der Schuldner der sofortigen Z.V. unterwirft, — dies erwirkt überhaupt für sich noch keine Sicherung, RG. 22. Dez. 1892, J.W. 1893 S. 78; RG. Str. 20, 301. Auch giebt ein vollstreckbares Urtheil nicht einen civilrechtlichen Anspruch auf eine Eintragung einer Sicherungshypothek auf dem Grundstücke des Schuldners nach §§ 866 bis 868 C.P.O, § 13 G.O., da diese Paragraphen vielmehr nur eine Vollstreckungsmaßregel anordnen. RG. 32, 65, für altes Recht, aber in derselben Geltung für die neuen Bestimmungen der C.P.O. Hat ein Gläubiger auf Grund eines Urtheils, das auf Zahlung gerichtet ist, die Pfändungssicherheit erlangt, so ist ihm ebensowenig wie einem bloßen Arrestgläubiger eine kongruente Erfüllung gewährt; der § 30 Nr. 2 bleibt anwendbar und § 35 — die Zwangsvollstreckung der Arrestvollziehung und alle vollstreckbaren Schuldtitel untereinander gleichstellend — gestattet sie gleichfalls. RG. 7, 37; 10, 33, Plen.; 1. Nov. 1892, J.W. 1893 S. 21. Daß der Gläubiger durch das vollstreckbare Urtheil und durch das Recht auf Zwangsvollstreckung ein Recht auf die Pfändungssicherung als Vermittelung der Zahlung habe (so RG. 19. April 1882, V. Senat, Rass.K. 26, 834 u. J.W. S 165), macht gegenüber dem auf Zahlung gerichteten Urtheile und Anspruche die Pfändung nicht zu einer dem zu Beanspruchenden kongruenten Leistung, und rechtfertigt gegenüber der, nicht auf das Mittel, sondern auf Zahlung gerichteten Absicht des Gläubigers nicht die Konstruirung eines Rechts auf Sicherung neben dem Rechte auf Befriedi-

Digitized by Google

gung unter Ausschließung des § 35. Andernfalls würde auch die Pfändungssicherung durch Arrestvollziehung für eine fällige Forderung auf Grund eines vor der kritischen Zeit ertheilten Arrestbefehls nur eine kongruente Sicherung sein, für die § 30 Nr. 2 fortfiele, obgleich Recht und Wille des Gläubigers gewiß nicht lediglich auf Sicherung gerichtet sind. Der § 30 Nr. 2 fände dann nur auf Pfändungen Anwendung, deren Titel gleichfalls erst in der kritischen Zeit erlangt wären, und konsequent müßte selbst für diese (mit Grützmann S. 188) Nr. 2 nicht anwendbar erklärt werden, wenn der Gläubiger ein Recht auf Arrestlegung nachweisen könnte. Damit wäre die beabsichtigte Anwendung der Nr. 2 auf Zwangsvollstreckungen und Arreste (Anm. 21), das Korrektiv gegen die Schärfe des Pfändungspfandrechts, fast illusorisch.

34) 2. **Die Zulässigkeit der Anfechtung** einer, in der kritischen Zeit erfolgten Pfändung nach § 30 Nr. 2 **wird auch dadurch nicht beseitigt, daß der Gläubiger in Folge derselben noch vor der K.Eröffnung seine Befriedigung erhalten hat.** Die Kongruenz der Befriedigung mit einem frühern, zur Befriedigung berechtigenden, Endurtheil allein kann hierfür nicht entscheiden, wenn die Befriedigung durch eine anfechtbare Handlnng erfolgt ist. Auf eine derartige Befriedigung durch eine anfechtbare Zwangsvollstreckung hatte der Gläubiger gegenüber dem § 35 eben kein Recht und die Anfechtbarkeit der in der kritischen Zeit erfolgten Pfändung kann dadurch nicht geheilt sein, daß sie in derselben Zeit auch schon zur vollendeten Vermögensentziehung geführt hat. So auch **RG.** 17, 29; 23, 112; 7. Nov. 1888, J.W. 1889 S. 109. Abw. früher **RG.** 7, 37. Der Einwand, die Anfechtbarkeit des Pfandrechts entziehe dem Gläubiger nicht das Recht, sich auf dem Wege der Versteigerung, § 814 C.P.O., Befriedigung zu verschaffen — so Petersen-Kleinfeller Anm. III 29; Hassenpflug, Raff.K. 32, 81—99 — verkennt, daß nach § 814 nur nach Pfändung die Versteigerung „gepfändeter" Sachen zulässig ist. Die Pfändung ist dafür die gesetzlich nothwendige Voraussetzung; gerade die Pfändung ist die anzufechtende „Rechtshandlung" im Sinne der §§ 30, 35 und mit deren begründeter Anfechtung fallen alle Wirkungen: das Pfandrecht ist überhaupt keine Rechtshandlung, sondern nur eine Wirkung der Rechtshandlung. **RG.** 23. März 1888, J.W. 178. Daß im Anf.Ges. v. 21. Juli 1879 § 13 Nr. 3 nur die Anfechtung aus § 30 Nr. 1, nicht aus § 30 Nr. 2 entsprechend anwendbar erklärt ist (Mügel, Raff.K. 33, 61), ist bei dem ohnehin anomalen Charakter dieser singulären Bestimmung (vgl. Anm. 23 a. Ende) gegenüber der grundsätzlichen Lösung ohne Einfluß. Vgl. Keßler, Busch 7, 329. Wenn die Pfändung nicht anfechtbar ist, so ist die vor K.Eröffnung erfolgte Befriedigung nur nach § 30 Nr. 1 oder §§ 31, 32, nicht nach § 30 Nr. 2 anfechtbar. Vgl. **RG.** 19. Okt. 1893, J.W. 542.

35) 3. Eine weitere Frage ist, ob auch eine **zur Beseitigung der Pfändung** oder zur Aufschiebung der Zwangsvollstreckung **erfolgende,** also mittelbar durch die Pfändung veranlaßte, vollständige oder theilweise **Zahlung** oder Befriedigung ebenfalls nach § 30 Nr. 2 als Befriedigung in Folge der anfechtbaren Pfändung anfechtbar sei. Dies wird (gegen die frühere Auflage) verneint werden müssen, weil die Befriedigung nicht aus dem Pfande erfolgt, es auf die Anfechtbarkeit der Pfändung also garnicht ankommt. Auch wird nichts anderes gewährt, als worauf der Gläubiger einen Anspruch hat. Ob der Schuldner durch drohende Zwangsmaßregelu zur Gewährung dieser Befriedigung veranlaßt worden ist, ist gleichgültig. Daß für § 717 Abs. 2 C.P.O. die zur Abwendung einer Zwangsvollstreckung nach einem vollstreckbarem Urtheile erfolgte Zahlung als eine Zahlung auf Grund des Urtheils anzusehen ist, (vgl. Prot. d. Reichstagskomm. zu C.P.O. S. 473, 344; **RG.** 25, 421, 426) ist etwas ganz Anderes.

36) c) **Erfolgte Pfändung erst nach der Zahlungseinstellung** oder dem Eröffnungsantrage, so ist die Anfechtung aus Nr. 1 b und aus Nr. 2 zulässig. War schon vor dieser Zeit ein Sicherungsanspruch begründet, so ist nur Nr. 1 b anwendbar; für die Anwendung dieser Vorschrift ist es jedenfalls unerheblich, ob freiwillig oder exekutivisch schon vorher ein Recht auf Sicherung gegeben war, Anm. 21, 23. Ueber die Möglichkeit einer Anwendung der Nr. 2 gelten die vorstehend zu b erörterten Grundsätze.

37) V. Darüber, daß die Vorschriften des § 30 hinsichtlich der Sicherung sowohl zu

Digitized by Google

Nr. 1b als zu Nr. 2 nicht anwendbar sind, **wenn eine Kaution unantastbar bestellt und die Forderung**, zu deren Deckung sie bestimmt ist, **erst nachher entstanden ist**, und ebenso, wenn durch dasselbe Rechtsgeschäft gleichzeitig Forderung und Sicherung begründet werden, vgl. Anm. 21. — Nicht lediglich als Sicherung, sondern als Befriedigung gilt nach C.P.O. § 815 Abs. 3 die Pfändung von baarem Gelde; sie ist also nur anfechtbar, wenn eine Befriedigung anfechtbar ist. RG. 28. Juni 1884, Wallm. D. Jur. Z. 9, 732.

38) G. **Begünstigungsabsicht.** Der Unterschied in den subjektiven Voraussetzungen der Nr. 1 und Nr. 2 liegt in der den Anfechtungsgrund bildenden erforderten Kenntniß und in der Bestimmung der Beweislast. Nr. 2 setzt in allen Fällen voraus, a. daß der G.Schuldner zur Zeit der anzufechtenden Handlung die Absicht gehabt hat, seinen von Nr. 2 allein betroffenen Gläubiger vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, und b. daß der Gläubiger diese Absicht gekannt hat. Die Absicht der Begünstigung eines Gläubigers wird in der Regel dann vorhanden sein, wenn bei der Zuwendung an einen Gläubiger der G.Schuldner das Bewußtsein der Folgen nachtheiliger Vermögensminderung für die anderen Gläubiger hatte; entscheidend ist jedoch nicht dieses Bewußtsein, sondern die auf die Begünstigung gerichtete Absicht. Diese muß festgestellt werden. Vgl. Anm. 1 zu § 31. Die Begünstigungsabsicht kann andererseits (namentlich zum Zwecke früherer oder bequemerer Befriedigung) auch vorhanden sein, wenn der G.Schuldner das Bewußtsein hatte, daß kein Anderer eine Benachtheiligung für seine Befriedigung erleide, weil genügende Mittel vorhanden seien, RG. 11, 177; 10. Nov. 1887, Raff.K. 33, 127.

39) Dadurch, daß die **Beweislast** für das Nichtvorhandensein der subjektiven Voraussetzungen für Nr. 2 dem Anfechtungsgegner auferlegt und zugleich der Beweis zur Ausschließung der Anfechtbarkeit nothwendig erklärt wird, sind diese Voraussetzungen als der innere Grund des Anfechtungsanspruchs aufgestellt. Das Gesetz stellt eine gesetzliche Vermuthung auf, wenngleich nicht eine Fiktion, da der Gegenbeweis eben nicht ausgeschlossen ist, RG. 4, 436; 20. Jan. 1893, J.W. 138 (a.M. Cosack S. 126, 207 gegen Vermuthung). Es bedarf daher auch zur Begründung der Anfechtung nicht einer ausdrücklichen Behauptung dafür. Die Widerlegung ist dem Einwande des Gegners überlassen.

Die Führung des zugelassenen Gegenbeweises unterliegt den allgemeinen Grundsätzen des § 286 C.P.O., RG. 18. Nov. 1892, J.W. 1893 S. 58. Ueber die Nicht-Begünstigungsabsicht des G.Schuldners ist eine Eideszuschiebung an den Verwalter, welcher immer Vertreter des G.Schuldners bleibt, zulässig, sofern nicht nach den Umständen vom Gerichte das Gegentheil als erwiesen erachtet wird. C.P.O. §§ 445, 446, 473. In Betreff der Eideszuschiebung an den Verwalter über die Nichtwissenschaft des Gegners ist zu berücksichtigen, daß allerdings der G.Schuldner als Rechtsvorgänger des Anfechtungsgegners anzusehen ist (mit RG. 15, 368, vgl. Anm. 4 zu § 40), und daß andrerseits nach richtiger (freilich vom RG. nicht getheilter) Ansicht der Verwalter auch im Anfechtungsstreit Vertreter des G.Schuldners ist. — Der Gläubiger, der durch Urtheil oder Arrest ohne oder gegen den Willen des G.Schuldners ein Pfandrecht oder Befriedigung erlangt hat, wird den Beweis fehlender Kenntniß einer Begünstigungsabsicht leicht führen können; wenngleich die Möglichkeit besteht, eine solche Absicht und deren Kenntniß auch bei einem rein passiven Verhalten des G.Schuldners anzunehmen, würde diese Annahme ohne besondere Umstände nicht zu rechtfertigen sein, RG. 3, 399; 4, 436; 6, 368.

Gründet der Verwalter die Anfechtung darauf, daß die Rechtshandlung nach der Zahlungseinstellung oder in den 10 Tagen vor derselben erfolgt sei, so hat er die Zeit der Zahlungseinstellung zu beweisen, vgl. Anm. 3—9; ist dieser Beweis geführt, so hat der Gegner dann, wenn eine nach der Zahlungseinstellung erfolgte Rechtshandlung angefochten wird, die Beweislast für seine Unkenntniß der Zahlungseinstellung und der Begünstigungsabsicht des G.Schuldners; wird auf Grund der Zahlungseinstellung eine in den vorangegangenen 10 Tagen erfolgte Rechtshandlung angefochten, so trifft ihn, da alsdann eine Kenntniß von der behaupteten und erwiesenen, erst später erfolgten Zahlungseinstellung unmöglich ist, nur die Beweislast für die Unkenntniß der Begünstigungsabsicht des G.Schuldners, RG. 3, 398; 4, 436; 23, 115; 40, 90; 29. Jan. 1891, Raff.K. 35,

Digitized by Google

1159, J.W. 133; 20. Jan. 1893, J.W. 148. Was von der Zahlungseinstellung gesagt ist, gilt, wenn zur Bestimmung der kritischen Zeit ein Eröffnungsantrag behauptet ist, von diesem. In jedem Falle ist nur die Unkenntniß des behaupteten und erwiesenen Aktes zu beweisen. Hat der K.Verwalter die zehn Tage nur rückwärts von der K.Eröffnung berechnet, so braucht er eine frühere Zahlungseinstellung oder einen früheren Eröffnungsantrag nicht mehr zu behaupten, der Gegner aber auch nur noch die Unkenntniß der Begünstigungsabsicht zu beweisen. Mehr besagt das für eine andere Meinung in früheren Auflagen angezogene Urtheil des R.G. vom 22. Nov. 1886 J.W. 1887 S. 3 nicht. Vgl. Jäger A. 55.

§ 31 (24).

Anfechtbar sind:

1. Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner in der dem anderen Theile bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen, vorgenommen hat;
2. die in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens geschlossenen, entgeltlichen Verträge des Gemeinschuldners

   mit seinem Ehegatten, vor oder während der Ehe,

   mit seinen oder seines Ehegatten Verwandten in auf- und absteigender Linie, mit seinen oder seines Ehegatten voll- und halbbürtigen Geschwistern, oder mit dem Ehegatten einer dieser Personen,

   sofern durch den Abschluß des Vertrages die Gläubiger des Gemeinschuldners benachtheiligt werden und der andere Theil nicht beweist, daß ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses eine Absicht des Gemeinschuldners, die Gläubiger zu benachtheiligen, nicht bekannt war.

E. I. 30. 31. P. 103 Nr. 1. 2.

1. Zu Nr. 1 u. 2. Benachtheiligungsabsicht.
2. Folgerungen.
3. Kenntniß des andern Theils.
4. Gerichtsstand der unerlaubten Handlung.
5. Zeit der Benachtheiligungsabsicht.
6. Beweislast zu Nr. 1.
7. Zu Nr. 1. Zeit und Ort der Rechtshandlungen.
8. Zeit der Benachtheiligung bei Nr. 1.
9. Zu Nr. 2.
10. a. Entgeltliche Verträge.
11. b. Ehegatte und nahe Verwandte.
12. c. Fristberechnung.
13. d. Zeit der Benachtheiligung bei Nr. 2.
14. Beweislast für Nr. 2.
15. Erfüllungsgeschichte a. zu Nr. 1.
16. b. zu Nr. 2.

1) Zu Nr. 1 und 2. **Benachtheiligungsabsicht.** Der gemeinschaftliche Anfechtungsgrund für § 31 Nr. 1 und 2, wofür immer eine Rechtshandlung des G.Schuldners vorliegen muß, (vgl. darüber Anm. 1 zu § 29; also eine Pfändung ohne Mitwirkung des Schuldners nicht ausreicht, R.G. 10. März 1890, J.W. 160), ist der dolus im Sinne der fraus der actio Pauliana (Arglist, die Mot. 130 sagen „Betrug") d. h. die Vermögensminderung für die Gläubiger nicht nur als Inhalt des Willens des G.Schuldners, sondern als Beweggrund („Absicht") und die Kenntniß dieses Beweggrundes seitens des andern Theils, zu dessen Gunsten der G.Schuldner handelte. Das Bewußtsein, daß die Folgen der vom G.Schuldner gewollten Handlung zu einer Minderung der Befriedigung der Gläubiger führen werden, ist nicht gleichbedeutend mit der Absicht, daß sie dazu führen sollen. Jenes würde genügen, um festzustellen, daß die der Befriedigung der Gläubiger schädliche Handlung mit Vorsatz begangen ist, nicht aber der Benachtheiligungsvorsatz, sondern die begrifflich engere Absicht wird von dem § 31 betroffen. Daß es nicht zulässig ist, das Wort Absicht anders, als ganz strikte zu interpretiren, ergiebt sich zumeist daraus, daß derselbe Wortlaut: „in der Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen" für die Strafbestimmung des § 239 gewählt ist. Das dritte Buch der K.O. war nach § 3 Nr. 3 der E.G. zur K.O. dazu bestimmt, die Vorschriften des 24. Abschnittes des Reichs-Strafgesetzbuches über den Bankerutt aufzuheben, es haben also auf das dritte Buch der K.O. die

Digitized by Google

Begriffe des Reichs-Strafgesetzbuches Anwendung zu finden. Danach bezeichnet Absicht stets die auf einen bestimmten Erfolg gerichtete Thätigkeit, weshalb da, wo sie vorliegen muß, der dolus eventualis ausgeschlossen ist. Vgl. Liszt Lehrbuch des deutschen Strafrechts § 137, 2; Binding, Grundriß des gem. deutschen Strafrechts II. § 193, 3; Olshausen, Kommentar zum R.Str.Gb. § 242 N. 27, § 59 N. 6. So hat auch in seinen neueren Entscheidungen das Reichsgericht daran festgehalten, daß das Bewußtsein von der Schädigung der Gläubiger nicht genügt, so namentlich **RG. 33**, 124 und die dort cit. Entsch.. ferner Entsch. v. 23. März 1897, J.W. 209, Raff.Küntzel **31**, 1125; 25. Dezbr. 1887, 15. März 1888, J.W. 1888, 70, 167; 18. Mai 1892, J.W. 336, Raff.K. **36**, 1138; 25. Jan. 1896, J.W. 175, während es früher, **RG. 11**, 173, die hier verworfene Ansicht aussprach, schon das bloße Bewußtsein, daß die Folgen der gewollten Handlung (unmittelbar oder mittelbar oder als gewollte Vorbereitung späterer Handlungen) zur Minderung der Befriedigung der Gläubiger dienen *werden*, und zwar nothwendigerweise oder aller Wahrscheinlichkeit nach, d. h. nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, dienen *werden*, nicht bloß möglicherweise dienen *können*, lasse die Benachtheiligungsabsicht konstitutren. Diese Ansicht, von der es jetzt mit Recht abgegangen, wurde auch in der früheren Auflage dieses Buches vertreten, ebenso von Fitting, § 16 zu I., Grützmann S. 123 ff., Kohler S. 213 ff. Uebereinstimmend mit der jetzigen Ansicht Jäger, vgl. Anm. 5 zu § 31.

2) **Folgerungen.** Ist somit nur die *Absicht* als Beweggrund entscheidend, so kann doch das Bewußtsein des G.Schuldners, die vorgenommene Handlung werde die Gläubiger schädigen, die Absicht wahrscheinlich machen. Namentlich aber fällt der Beweggrund, einer bestimmten Person eine Leistung zuzuwenden, die ohne diese Zuwendung andern Gläubigern anheim fallen würde, völlig mit dem zusammen, diesen andern Gläubigern die Leistung zu entziehen. Nicht nöthig ist, daß der G.Schuldner nur die Benachtheiligungsabsicht gehabt habe, er kann nebenbei noch andere Beweggründe verfolgt haben, **RG. 26**, 3; in RG. 16. Mai 1892. Raff.K. **36**, 1136, J.W. 312 hat durch die Einleitung mit „etwa" wohl nur ein Beispiel der Zulässigkeit der Anfechtbarkeit gegeben werden sollen. Auch genügt schon die *Absicht* eventueller Benachtheiligung **RG. 24**, 26. Daß der Schuldner außer der Benachtheiligungsabsicht sich der Rechtswidrigkeit (privatrechtlichen Verbotswidrigkeit) bewußt war, ist (gegen Otto S. 110) gleichfalls nicht nöthig. **RG. 9**, 74. Ob der Wille diejenigen betrifft, die zur Zeit der Rechtshandlung Gläubiger waren, oder spätere Gläubiger, einzelne bestimmte oder „unbestimmt, wen es treffe", ist unerheblich. Mot. 130. Daß die Absicht, gerade die Gesammtheit der Gläubiger treffen müsse (so Cosack S. 80, 82, 114), folgt aus dem Gesetze nicht. Erfolgt die Zuwendung an einen Gläubiger, so kann es sich ohnehin nur um die Benachtheiligung anderer Gläubiger handeln und dieser Fall ist durch § 31 nicht ausgeschlossen. **RG.** 19. Nov. 1885, J.W. 1886 S. 14; vgl. Seuffert Busch **9**, 135. Genügend ist schon eine Benachtheiligung anderer Gläubiger durch Verspätung ihrer Befriedigung (aufgezwungene Stundung) **RG.** 4. Dez. 1893, J.W. 1894 S. 57. Um den Schein zu vermeiden, als sollte für künftige Gläubiger die Anfechtung ausgeschlossen sein, ist von der Redaktionskommission des Reichstags am Schlusse der Nr. 2 die Fassung des Entw.; „*seine* Gläubiger" in die jetzige: „*die* Gläubiger" umgeändert. Sarwey Anm. 2. 3. 1. Die in Nr. 1 stehen gebliebenen Worte: „seine Gläubiger" sind in gleichem Sinne um so mehr auszulegen, als für die Anfechtung aus Nr. 1 nicht einmal, wie für Nr. 2, die Benachtheiligung *durch* die Rechtshandlung zu den objektiven Voraussetzungen gehört, vgl. Anm. 8.

3) **„Der andere Theil muß diese Absicht gekannt haben"**; eine weitere Theilnahme an dem Betruge, insbesondere etwa die eigene Absicht, sich zum Nachtheile der Gläubiger zu bereichern, ist hier nicht erforderlich." Mot. 130. Nöthig ist das Ueberzeugtsein des andern Theils von der Absicht; lassen die Umstände einen Schluß hierauf nicht zu, so genügt es nicht, daß er bei näherer Erkundigung die Kenntniß erlangt haben würde; selbst grobe Fahrlässigkeit genügt nicht.

4) Die Anfechtung aus § 31 sowohl Nr. 1 als auch (vgl. Anm. 1) aus Nr. 2 **beruht** sonach immer **auf unerlaubter Handlung** und **begründet den Gerichtsstand des § 32**

Digitized by Google

C.P.O. Der Versuch, selbst für den § 31 die Delikts-Natur zu beseitigen, weil der Anfechtungsgegner ja etwa an die Verwirklichung der Absicht des G.Schuldners nicht glaube oder diese zu vereiteln gedenke, also thatsächlich nicht in dolo zu sein brauche (Cosack S. 19, 20), beruht auf der unrichtigen Unterstellnng, als wenn ein civilrechtlicher dolus des Anfechtungsgegners (vorsätzliches rechtswidriges Handeln) nur dann vorliegen könne, wenn er selbst die Absicht habe, Andere zu benachtheiligen. Vgl. für § 31 Nr. 1: RG. 21, 425; 23, 13; für Nr. 2 vgl. Anm. 14. Abw. außer Cosack für eine cond. ex lege Eccius, Raff.K. 29, 739; 34, 148. Daß man die Handlung nicht als Betrug bezeichnen kann, weil keine Täuschung erforderlich sei (Völderndorff 1, 310), ist sachlich unerheblich, da ein Betrug nicht Voraussetzung der Anfechtung ist. —

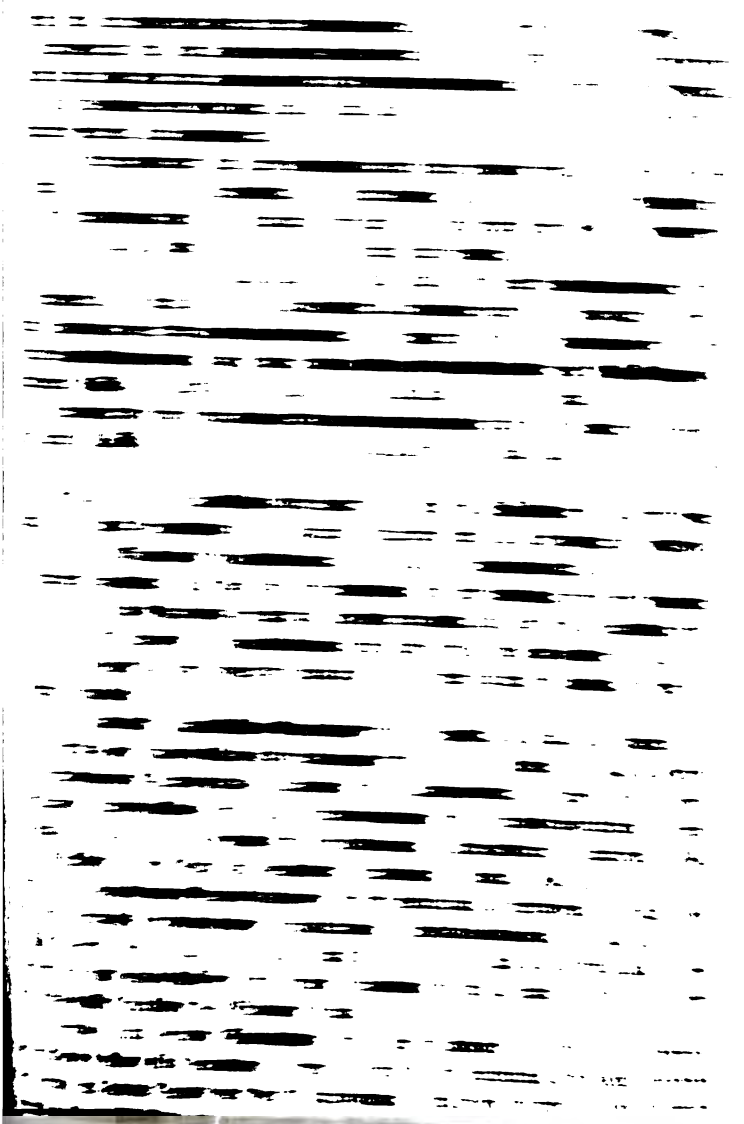
5) Das Nichtbestehen der **Benachtheiligungsabsicht** oder die Unkenntniß einer solchen Absicht, muß, um die Anfechtung auszuschließen, **zur Zeit der Rechtshandlung** vorhanden gewesen sein; bei zeitlicher Trennung der zur Rechtshandlung nöthigen Akte, also namentlich bei Verträgen, bis zur Vollendung derselben. RG. 4, 32; 6, 28. Dies ist in Nr. 2 ausdrücklich gesagt: „zur Zeit des Vertragsabschlusses" und in Nr. 1 durch die Fassung: „in der dem anderen Theile bekannten Absicht vorgenommen" ausgedrückt. Spätere mala fides superveniens schadet nicht. Wegen der Kenntniß eines Bevollmächtigten vgl. Anm. 12 zu § 30.

6) **Die Beweislast hat für Nr. 1** nach dem allgemeinen Grundsatze der Verwalter. Wenn die Absicht des Schuldners aus den Thatumständen zu folgern ist und es sich nur noch um die Kenntniß des Gegners handelt, ist darüber die Eideszuschiebung an ihn zulässig, RG. 3, 430. Anm. 17 zu § 30. Zu einer Sorgfalt, um die Absichten des Schuldners zu erfahren, ist Niemand gegenüber den Gläubigern verpflichtet; es gestattet aber einen Schluß auf die wirkliche Kenntniß, daß der Gegner im eigenen Interesse oder mit Rücksicht auf seine Beziehungen zum Schuldner um dessen Verhältnisse sich zu kümmern Veranlassung hatte. Man wird auch mit RG. 15, 368 (vgl. Neffel, Raff.K. 28, 152) es für zulässig halten müssen, durch Eideszuschiebung an den Gegner über seine Kenntniß von der Absicht des Schuldners diese Absicht selbst festzustellen, und den Gegner (mit RG. 15, 368) als Rechtsnachfolger des Schuldners hinsichtlich des ihm gewährten Rechtes anzusehen. RG. 26. Juni 1893, J.W. 427. A.M. Petersen-Kleinfeller, Anm. I, 7; Sarwey-Bossert, Anm. 2 Z. 3; Brettner, Raff.K. 28, 728.

7) Zu Nr. 1. Der Anfechtung aus § 31 Nr. 1 unterliegen unter der Voraussetzung der unredlichen Verkürzung der Gläubiger (Anm. 1, 2 u. § 37) alle in Anm. 1 zu § 29 bezeichneten **Rechtshandlungen des G.Schuldners ohne Unterschied der Zeit** ihrer Vornahme, sofern nur nicht eine Zeit *nach* der K.Eröffnung in Frage kommt, §§ 7, 29, **und ohne Ausnahme einer Art.** Auch eine an den G.Schuldner seitens seines Schuldners erfolgte rechtlich erzwingbare fällige Vertragserfüllung, die unter § 30 Nr. 1a nicht fällt (vgl. Anm. 16 zu § 30), ebenso die seitens des G.Schuldners an seinen Gläubiger erfolgende fällige Vertragserfüllung, der in der Regel die Voraussetzung des § 31 Nr. 1 bez. des entsprechenden § 3 Nr. 1 Ges. v. 21. Juli 1879 fehlen werden, *kann* anfechtbar sein. Hierüber des Näheren Anm. 15 ff.

Es macht ferner keinen Unterschied, ob die Handlungen im gewöhnlichen Verkehr oder innerhalb eines Rechtsstreits vorgekommen sind, § 35. Nicht das Urtheil ist anzufechten, das keine Rechtshandlung des G.Schuldners und direkt nur durch die Rechtsmittel und Rechtsbehelfe der C.P.O. anzugreifen ist, sondern die vorangegangenen Handlungen im Rechtsstreite (Anerkenntnisse ꝛc.), deren Anfechtung das Urtheil nach § 35 nicht entgegensteht, Mot. 131, 132; Prot. 23; oder nachfolgende Akte, Pfändungen, Zwangsbeitreibung, die dann nach § 35 ebenfalls nicht durch das Urtheil vor Anfechtung geschützt sind. — Wechselverpflichtungen und Wechselzahlungen sind nach § 31 Nr. 1, mithin gegen den mit der Verkürzungsabsicht des Schuldners bekannten Gläubiger anfechtbar, mag diese Absicht durch das Rechtsgeschäft mit diesem Gläubiger oder schon durch ein früheres ausgeführt sein sollen. — Unentgeltliche Verfügungen, wenngleich spezieller Gegenstand des § 32, sind begrifflich von § 31 Nr. 1 nicht ausgeschlossen; praktisch kann dies

Digitized by Google



Vgl.
zu=
n G.
vgl.
alter
vgl.
achzu=
nd.
chtbar

es G.
nd die
er nur
egeben,
ird bei
des G.
Unter=
n Zah=
ng RG.
27, 61;
z. 1882,
rz 1887,
nt 1893,
n. 1897,
Benach=

geschäft
brochen,
äubiger
e zu be=
ung der
loffenen
er auf=
weisen.
W. 570;
ist der=
istung,
n ganz
n vom
aß bei
ch den

(nm. 35
cht vor=
achtheili=
as Gesetz
chlossenen
ot auf das
e, auch für
ahlungsstatt
liegen solcher
enden Gegen=
er ihm nicht

Digitized by Google

wandten §§ 1705, 1589 Abs. 2 B.G.B.; ein adoptirtes Kind, nur mit dem Adoptivvater (außer seinen natürlichen Verwandten) §§ 1757, 1763. — Bei gesetzlicher Vertretung eines Kontrahenten entscheidet die Verwandtschaft des Kontrahenten, nicht des Vertreters. RG. 12, 66 (dagegen Meisner, Raff.K. 32, 491). — Hinsichtlich der Verwandten des Ehegatten ist die frühere Annahme, daß die Ehe zur Zeit des Vertragsschlusses noch bestanden haben müsse (RG. 7. Oktober 1882, J.W. 261; Wallmann, D.Jur.Z. 8, 98; vgl. Obtr. 53, 347; Strieth. 55, 197), nach Art. 33 E.G. z. B.G.B. nicht mehr zutreffend. Danach sollen, soweit in der K.O. an die Schwägerschaft rechtliche Folgen geknüpft sind, die Vorschriften des B.G.B. über Schwägerschaft Anwendung finden. Nach B.G.B. § 1590 dauert die Schwägerschaft fort, auch wenn die Ehe, durch die sie begründet wurde, aufgelöst ist. § 31 enthält die einzige Vorschrift der K.O., die sich auf Verschwägerte, wenn auch unter der Bezeichnung „Verwandte des Ehegatten" bezieht. Die „auf- und absteigende Linie" des § 31 ist die „grade Linie" des B.G.B. § 1589. Dagegen ist durch die Bezeichnung „Ehegatten" von Geschwistern und Verwandten ausgedrückt, daß die in Betracht kommende Ehe zur Zeit des Vertragsabschlusses noch bestanden haben muß, da sonst nicht ein Ehegatte, sondern ein Ehegatte-Gewesener in Rede steht. Ebenso ist durch den Ausdruck: „Ehegatten" ein Vertrag ausgeschlossen, welcher mit einem oder einer Verlobten der bezeichneten Personen geschlossen ist, selbst wenn nachher die Heirath erfolgte; das Ausnahme-Gesetz gestattet keine analoge Ausdehnung. Vgl. Obtr. 49, 356; 67, 62. Strieth. 46, 204. Hartmann S. 114; Stieglitz Anm. V. 3; Petersen-Kleinfeller Anm. II. 18; Otto S. 198; Fitting § 16 zu I. 1. Ist der Vertrag durch die Heirath suspensiv bedingt, so ist er als mit dem Ehegatten geschlossen anzusehen.

12) c. **Fristberechnung.** Für die Berechnung des letzten Jahres vor der K.Eröffnung ist nicht die C.P.O. entscheidend; die Frist ist keine prozessualische, sondern eine civilrechtliche Frist zur Bestimmung eines Bestandtheils des Anfechtungsgrundes, also eine Ausschlußfrist, deren Nichtinnehalten die Beseitigung einer sonst stattfindenden Befugniß bewirkt, nicht eine Verjährungsfrist, die durch ihren Zeitablauf eine unbedingt begründet gewesene Verbindlichkeit aufhebt. Ein Restitution (in integr.) ist gegen die Frist nicht zulässig. RG. 17, 70; 27, 285. — Die Gerichtsferien haben nach G.V. § 204 keinen Einfluß. Das Jahr ist nach dem bürgerlichen Rechte zu berechnen. RG. 27, 285, B.G.B. §§ 187, 188. Danach muß, wenn die K.Eröffnung am 2. Januar 1902 erfolgte, die Rechtshandlung am 2. Januar 1901 (oder später) vorgenommen sein, um der Anfechtbarkeit zu unterliegen. Erfolgte die K.Eröffnung an einem 29. Februar, so entspricht ihm der 28. Februar. Ebenso war es nach gem. und preuß. Rechte. Windscheid § 103 Nr. 2, c. d. R.O.H. 12, 129. Wechs.O. Art. 32 Nr. 2. Die Behauptung, daß der Vertrag im letzten Jahre geschlossen ist, gehört zur Begründung der Anfechtung und der Klage; die Beweislast trifft den Anfechtenden.

13) d. Für die Anfechtbarkeit gemäß § 31 Nr. 2 ist ebenso wie in § 30 Nr. 1 der Nachweis verlangt, **„daß der Vertrag** zur Zeit seines Abschlusses und **durch den Abschluß eine Benachtheiligung der Gläubiger in sich enthalten habe."** Mot. 132 Prot. 22. Für dies Erforderniß gilt das in Anm. 15 zu § 30 Bemerkte. Der hiergegen von Grützmann S. 162 geltend gemachte Grund, daß die Rechtslage der Betheiligten eine verschiedene sei, entscheidet nicht gegen die gesetzgeberisch gewollte und in gleicher Fassung erklärte Gleichstellung. Vgl. Mot. 117, 133; Prot. 22; RG. 4. April 1882, Raff.K. 27, 157. Die Benachtheiligung der Masse durch das Geschäft hat auch hier der Anfechtungskläger zu beweisen. Vgl. Korn S. 192 ff., dagegen Jaeckel S. 104.

14) **Beweislast für Nr. 2.** Die Vermuthung der bewußten Verletzung (nicht Fiktion, da sie durch Gegenbeweis entkräftet werden kann) ist durch die Nothwendigkeit des Gegenbeweises und die Beweislast des Gegners für Nr. 2 deutlich ausgedrückt. RG. 26, 1; 1. Novbr. 1889, J.W. 461; 7. Dezbr. 1889, J.W. 1890 S. 43; Seuffert, Busch 9, 133, 135; Endemann S. 264; Jaeckel S. 94, 98 ff. A.M. Cosack S. 126; Petersen-Kleinfeller Anm. II. 11. Die Vermuthung ist durch den Nachweis zu widerlegen, daß zur Zeit des Vertragsabschlusses eine Absicht des G.Schuldners, Gläubiger zu benachtheiligen, nicht bestand, oder,

Digitized by Google

ohne Rücksicht darauf, ob sie bestand, dem Anfechtungsgegner nicht bekannt war. Vgl. Rechtsfall RG. 10. Dezbr. 1894, Raff.K. 39, 434. Wegen der Zulässigkeit der Eideszuschiebung an den Verwalter und des Verhältnisses des vom Verwalter vertretenen G. Schuldners als Rechtsvorgängers des Gegners hinsichtlich des ihm gewährten Rechts, vgl. Anm. 6 und RG. 15, 368, wobei jedoch zu berücksichtigen ist, daß das RG. den Verwalter nicht als Vertreter des G.Schuldners ansieht. Entsprechend den Voraussetzungen, vgl. Anm. 1, genügt es, eine der mehreren zugleich nothwendigen zu widerlegen, also nachzuweisen, daß eine Absicht des G.Schuldners, Gläubiger zu benachtheiligen, nicht bestand.

15) Daß auch **Erfüllungshandlungen** sowohl nach Nr. 1 wie nach Nr. 2 anfechtbar sind, ist schon gesagt.

a. **Nach Nr. 1** ergiebt sich dies daraus, daß es hier nur auf die Absicht des G. Schuldners ankommt; war sie darauf gerichtet, die Gläubiger zu benachtheiligen, so sind die übrigen Beweggründe, also auch die Absicht, eine Schuld zu tilgen, dem Gläubiger nur zuzuwenden, was ihm zusteht, gleichgültig; die Voraussetzung des § 31 Nr. 1 ist gegeben, sobald dem anderen Theil die Kenntniß dieser Absicht nachzuweisen ist. Das wird bei einem Erfüllungsgeschäft schwerer sein, als bei einer anderen Rechtshandlung des G. Schuldners, begrifflich aber ist zwischen Erfüllungs- und anderen Geschäften kein Unterschied. So ist auch vom Reichsgericht nicht nur die Erfüllung durch Leistung an Zahlungsstatt, RG. 6, 46; 9, 102 4. Febr. 1897 J.W. 170, oder gar nur die Sicherung RG. 23, 16; 45, 23, sondern auch die Zahlung selbst für anfechtbar erklärt, RG. 16, 27, 61; 20, 180; 26, 3; 27, 135; 33, 124; 38 103; 24. Juni 1882, Raff.K. 27, 162, 18. Dez. 1882, J.W. 1883, 27, 28; 5. Nov. 1884, J.W. 1885, 7; 28. Okt. 1886, J.W. 415; 28. März 1887, J.W. 1888, 70; 26. Febr., 8. Okt. 1891, J.W. 200, 511; 5. Jan., 18. Mai, 15. Juni 1893, J.W. 97, 352, 385; 14. Juni 1894, J.W. 429; 25. Jan. 1896, J.W. 175; 10. Jan. 1897, J.W. 111, weil stets durch besondere Umstände bei der Zahlung die Absicht der Benachtheiligung festgestellt werden konnte.

16) b. **Nach Nr. 2** ist das unter die entgeltlichen Verträge fallende Erfüllungsgeschäft ebenfalls stets für anfechtbar gehalten worden. Es ist aber dabei die Ansicht ausgesprochen, daß beim Vorhandensein einer wirklich fälligen Schuld die Befriedigung der Gläubiger durch den Schuldner nicht ohne Weiteres als in der Absicht, die übrigen Gläubiger zu benachtheiligen, erfolgt angesehen worden könne. Es müsse deshalb die Vermuthung der fraudulosen Absicht, welche für die mit nahen Verwandten in bestimmter Zeit abgeschlossenen Rechtsgeschäfte in Nr. 2 aufgestellt worden, wegfallen und vielmehr dem K.Verwalter aufgegeben werden, auch in den Fällen der Nr. 2 seinerseits die böse Absicht zu beweisen. So namentlich RG. 27, 135, 38, 103; 20. Sept. 1892, J.W. 429; 24. Sept. 1897, J.W. 570; 18. Febr. 1898, J.W. 223. In den Entscheidungen 27, 130 f. und J.W. 1897, 170 ist derselbe Satz auch auf Erfüllungsgeschäfte ausgedehnt, in denen nicht die geschuldete Leistung, sondern eine andere an Zahlungsstatt gegeben wurde. Und schließlich ist für den ganz gleichliegenden Fall des § 3 Nr. 2 des Anfechtungsgesetzes in den Entscheidungen vom 22. Okt. 1896, J.W. 670 und vom 29. Okt. 1898, JW. 664 auch angenommen, daß bei reinen Deckungsgeschäften, bei Bestellung von nicht versprochenen Hypotheken durch den G.Schuldner die Präsumtion der bösen Absicht beseitigt sei.

Bei der Begründung dieser Entscheidung ist davon ausgegangen, (vgl. Jäger Anm. 35 zu § 31) daß bei dem Vorliegen solcher Geschäfte die für die Annahme der bösen Absicht vorhandene ratio legis weggefallen sei, daß es für „die Vermuthung bezweckter Benachtheiligung" an der thatsächlichen Unterlage fehle. Zu einer solchen Annahme giebt das Gesetz keine Handhabe. Vielmehr sind alle mit Verwandten in einer gewissen Zeit geschlossenen entgeltlichen Verträge für verdächtig erklärt worden, offenbar nur mit Rücksicht auf das verwandtschaftliche Verhältniß. Dieses begründet die Vermuthung für alle Fälle, auch für die Erfüllungsgeschäfte, mag es sich um reine Erfüllung, um Hingabe an Zahlungsstatt oder um bloße Sicherung, „Deckung" handeln. Wohl aber wird das Vorliegen solcher Geschäfte von größter Bedeutung für den von den Anfechtungsgegnern zu führenden Gegenbeweis sein, daß eine Benachtheiligungsabsicht des Schuldners nicht vorlag oder ihm nicht

Digitized by Google

bekannt war. In dieser Beziehung kommen die rein thatsächlichen Momente, die zur Aufhebung der Präsumtion führen sollten, vollkommen zur Geltung, ohne daß es einer dem Gesetz widersprechenden Annahme bedarf. Nur wird man nun sofort sehen, daß als Beweismittel in diesem Sinne Leistung der geschuldeten Erfüllung, Hingabe an Zahlungsstatt und bloßes Decken sehr verschiedene Kraft haben, und daß besonders das Vorliegen eines Geschäftes, das nicht ein Erfüllungsgeschäft ist, für sich allein durchaus nicht geeignet sein wird, den in Nr. 2 verlangten Gegenbeweis zu liefern.

In dem hier wiedergegebenen Sinne spricht sich das Urtheil des Reichsgerichts **RG. 45**, 23, und zwar um nicht mit den früheren Entscheidungen in Widerspruch zu treten, nur für den Fall des § 31 Nr. 2 aus, doch wird die Entscheidung für alle Fälle, in denen Erfüllungsgeschäfte im weitesten Sinne angefochten werden, Anwendung finden müssen.

§ 32. (25.)

Anfechtbar sind:

1. die in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen, sofern nicht dieselben gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke zum Gegenstande hatten;
2. die in den letzten zwei Jahren vor der Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen zu Gunsten seines Ehegatten.

E. I. 30. P. 102. 103. K.O.N.

1. Rechtscharakter der Anfechtung aus § 32.
2. Begriff der unentgeltlichen Verfügung.
3. Folgerungen.
4. Fristen.
5. Gelegenheitsgeschenke.
6. Unentgeltliche Verfügungen unter Ehegatten.
7. Gelegenheitsgeschenke unter Ehegatten.
8. Verhältniß des § 45 zu § 32.
9. Versprechen der Leistung an einen Dritten.
10. Früherer Abs. 2.
11. Uebergangsbestimmungen.

1) Rechtscharakter der Anfechtung aus § 32. Der § 32 umfaßt Fälle einer durch Gesetz für unberechtigt erklärten Zuwendung an einen Dritten, die zufolge positiver Gesetzesvorschrift zur Befriedigungsmasse zu Gunsten der K.Gläubiger zurückverlangt werden kann, ohne daß eine fraudulose Absicht des G.Schuldners oder eine Verschuldung des Gegners vorliegt. Der Anfechtungsgrund beruht hier also nicht auf einem Delikte, sondern auf einr oblig. ex lege aus Billigkeitsgründen. Wer aus dem Vermögen des Schuldners ohne Opfer etwas erzielt, soll den sonst geschädigten Gläubigern weichen. Nothwendig ist auch hier zur Anfechtung, daß eine Benachtheiligung betreffs der Befriedigung der Gläubiger stattgefunden hat, die nur zur Zeit der K.Eröffnung vorhanden sein muß, **RG. 33**, 122; im Uebrigen ist die gute oder schlechte Lage der Vermögensverhältnisse des G.Schuldners und die Kenntniß davon, sowie eine Benachtheiligungsabsicht unerheblich; ebensowenig wird ein arglistiges Verhalten fingirt.

2) Zu Nr. 1. Der Begriff der unentgeltlichen Verfügungen war schon vor dem B.G.B nicht aus dem allgemeinen bürgerlichen Rechte zu bestimmen, sondern für alle Rechtssysteme durch § 32 bestimmt. Er ist umfassender, als die Begriffe der Schenkung und der freigebigen Verfügungen (P. § 102). Einen Anhalt giebt die Entgegensetzung der „entgeltlichen Verträge" und der „unentgeltlichen Verfügungen" der Ehegatten in § 31 Nr. 2 und § 32 Nr. 2, die alle im Konkurse anfechtbaren Dispositionen umfassen sollen. Die unentgeltlichen Verfügungen umfassen alle Zuwendungen aus dem Vermögen des Schuldners, für die nach der Absicht beider Theile, des Verfügenden und des Empfängers, ein Entgelt, eine Gegenleistung für die Leistung, nicht gegeben werden soll, ohne Rücksicht auf Motive, Zweck und Erfolg, also auch ohne Rücksicht auf Bereicherung des Empfängers. Der maßgebende Begriff des Entgelts läßt dem Verkehr entsprechend nur die subjektive Absicht der Betheiligten, nicht den objektiven Werth des Gewährten, als entscheidend zu. **RG. 10**, 86; **30**, 36; 7. Juli 1885, 16. Apr., 28. Okt. 1886, Bolze **2**, 566; **3**, 385, 379; 22. Dezbr. 1888, J.W.

Digitized by Google

1889 S. 68; 2. Mai 1894, J.W. 321; vgl. Cosack S. 134 ff., Eccius 2, § 122 Anm. 8; Endemann S. 266 ff.; Kohler § 40; Petersen-Kleinfeller 1, 3. Indeß ist es nicht wesentlich, ob die Erlangung einer Gegenleistung der Beweggrund für das Geschäft gewesen ist; sondern ob eine Gegenleistung gegeben oder bedungen ist, RG. 29. Apr. 1893, J.W. 294. Obgleich die (reinen) Schenkungen den Hauptbestandtheil der unentgeltlichen Verfügungen bilden, hat die in den Mot. 134 ff. erfolgte Identifizirung im Gesetze keinen Ausdruck gefunden; es ist weder, wie bei einer Schenkung ein Vertrag, noch eine Bereicherung für den Empfänger nöthig, RG. 10, 86, u. v. 16. April 1886 citirt in 38, 9. Zu den unentgeltlichen Verfügungen gehören insbesondere auch Vermögensvortheile aus dem Vermögen des G.Schuldners ohne direkte Vermögens-Vermehrung für den anderen Theil: Bürgschaft und Pfandsicherung für fremde Schuld (a.M. Kohler S. 228), Verzicht auf Sicherung der Schuld des anderen Theils an den G.Schuldner, Freigebigkeitsleistungen, durch die dem anderen Ausgaben erspart bleiben. Jedenfalls gehören dahin Verzichte, Entsagungen, auch solche von Erbschaften und Vermächtnissen, soweit solche nach § 1 und nach dem bürgerlichen Rechte als zur K.Masse gehörig anzusehen sind (vgl. § 9 und Anm. 7 zu § 29; Mot. 136, 116, 117 RG. 28, 136, franz. R.); Ueberweisungen von Kaufgelderforderungen als antecipirte Erbtheile an Kinder, die darauf vor dem Tode ihrer Eltern noch kein Recht haben, RG. 21. Apr. 1892, J.W. 302; Verfügungen, die der G.Schuldner „gegen ein nur scheinbares Entgelt" vorgenommen hat, RG. 29, 265; vgl. Strieth. 31, 108, Cosack S. 134, 142; remuneratorische Schenkungen (Obtr. 62, 356, Strieth. 76, 87, 93), soweit sie nicht gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke sind, vgl. Anm. 5, desgleichen donationes sub modo, sofern nicht ein Entgelt als beabsichtigt anzunehmen ist. Vgl. Cosack S. 145. A.L.R. I. 11 §§ 1053 ff.

3) **Folgerungen.** Pfandsicherung des Schuldners für seine eigene Schuld kann an sich je nach den Umständen entgeltlich oder unentgeltlich gewährt sein, vgl. Cosack S. 152, RG. 3, 169. Sie ist indeß schon durch § 30 (als sedes materiae hierfür) geregelt und kann unter den unentgeltlichen Verfügungen des § 32 auch schon deshalb nicht verstanden sein, weil andernfalls der Nachweis der Gutgläubigkeit nach § 37 Abs. 2 immer eine, wenngleich geringere Haftbarkeit zur Folge haben müßte, wogegen nach § 30 Nr. 2 die Haftbarkeit durch Gutgläubigkeit ganz ausgeschlossen sein soll. RG. 6, 85; 9, 103; 9. Febr. 1883 in Wallm. D. Jur.Z. 8, 545 (Wengler's Arch. 4, 23); Busch 6, 110. Abw. Grützmann S. 191. Aus gleichen Gründen ist auch die vorzeitige Tilgung einer noch nicht fälligen Schuld nicht eine unentgeltliche Verfügung im Sinne des § 32, RG. 10. Jan. 1888, J.W. S. 103. — Wird für die Uebernahme von Wechselverpflichtungen die Unentgeltlichkeit behauptet, so muß der Anfechtende sie beweisen, da man aus dem Wechsel selbst den Grund nicht ersehen kann. — Verfügungen, die theilweise entgeltlich, theilweise unentgeltlich sind, negotia mixta, sind anfechtbar, soweit sie unentgeltlich sind, also behufs der Rückforderung der unentgeltlichen Leistung, sofern sie nicht als nur scheinbar entgeltliche vollständig anfechtbar sind; RG. 29, 265; Cosack S. 141 ff, so nach der Definition des § 516 B.G.B. Auch bei wechselseitigen Schenkungen ist die Schenkung des G.Schuldners anfechtbar, doch ist zu prüfen, ob nicht die eine als Ersatz der anderen bedungen ist. Die Gewährung einer Ausstattung durch den dazu Verpflichteten ist keine unentgeltliche Verfügung, wohl aber die Ausstattung durch einen Nichtverpflichteten. RG. 18. Apr. 1895, J.W. 301; O.L.G. Carlsruhe in Wallm. D.Jur.Z. 8, 228; Cosack S. 151. — Die Anerkennung der von einem Minderjährigen kontrahirten Schuld nach erreichter Großjährigkeit (vgl. Strieth. 33, 56) und die Zahlung einer nicht klagbaren Forderung sind an sich nicht Schenkungen, können indeß durch die konkreten Umstände den Charakter einer unentgeltlichen Verfügung gewinnen. — Die Zusicherung von Vortheilen gegen die Verpflichtung zur Ehelichung einer bestimmten Person wird mit RG. 17, 252, Strieth. 49, 333 mit Recht nicht zu den freigebigen Verfügungen gerechnet. Vgl. auch die besondere Bestimmung über Forderungen aus einer Freigebigkeit in § 63 Nr. 4 und Anm. zu § 68. Die freiwillige Erfüllung einer fremden Schuld ist eine unentgeltliche Verfügung: gegen den Schuldner, wenn nicht beabsichtigt war, die Forderung

Digitized by Google

für den Erfüllenden zu erwerben und gegen den Gläubiger, wenn dieser von dem Schuldner wegen dessen Mittellosigkeit oder aus rechtlichen Gründen Zahlung nicht erwarten konnte, RG. 38, 6.

Sofern Schenkungen durch Widerruf hinfällig werden, bedarf es der Anfechtung nicht; doch ist dem Verwalter ein rein persönliches Recht zum Widerruf (z. B. wegen Undanks und wegen Verarmung) versagt. Indeß dem Zwecke des § 32 gemäß schützt die gesetzliche Unwiderruflichkeit nicht vor der Anfechtung; ebenso nicht die gerichtliche oder behördliche Bestätigung von Liberalitätsakten. Vgl. RG. 5, 138: Errichtung einer Familienstiftung.

4) Wegen der **Fristen** auch zu N. 2 f. Anm. 12 zu § 31.

5) Was als **gebräuchliches Gelegenheitsgeschenk** von der Anfechtung aus § 32 Nr. 1 ausgeschlossen ist, ist sowohl hinsichtlich der Veranlassung („Gelegenheit") als der Höhe nach den für die jedesmaligen Gesellschaftskreise, Verkehrs- und Vermögensverhältnisse zutreffenden allgemeinen, lokalen und Familien-Gebräuchen zu beurtheilen. Hierzu werden in solcher Höhe auch die aus einer sittlichen oder Anstandspflicht sich ergebenden Geschenke und die im B.G.B. nicht besonders geregelten sogen. remuneratorischen Schenkungen gehören.

6) Zu Nr. 2. Die Anfechtung von **unentgeltlichen Verfügungen unter Ehegatten** ist gemäß dem schon in § 31 enthaltenen Grundsatze, die Ehegatten bezüglich einer Benachtheiligung des K.Gläubigers für verdächtige Personen zu erklären, dahin verschärft, daß ihr auch die bis zu zwei Jahren vor der K.Eröffnung liegenden Verfügungen unterworfen sein sollen. Es ist darüber zu bemerken:

Es gilt zunächst von ihnen Alles, was in Anm. 2 und 3 von den unentgeltlichen Verfügungen zu Nr. 1 bemerkt ist. Dies gilt auch von Eheverträgen, für die nach den in Anm. 3 aufgestellten Grundsätzen zu beurtheilen ist, ob und wieweit sie unentgeltliche Verfügungen enthalten. Ob die Kontrahenten oder Betheiligten schon zur Zeit des Vertrages oder der Verfügung Eheleute waren, ist hier gleichgültig, und auch die vor der Ehe getroffenen Verfügungen sind anfechtbar; dem Zwecke des § 32, den lukrativen Erwerb des Ehegatten zu treffen, entspricht es hier, wenn nur die Eheschließung der Verfügung nachfolgte, d. h. die Betheiligten müssen vor der Anfechtung Ehegatten geworden sein. Die frühere Fassung des Entw.: „nach geschlossener Ehe" ist gestrichen. Hartmann S. 129; Völderndorff 1, 365. A.M. Cosack S. 146; Kranichfeld S. 31; Jaeckel S. 126; Petersen-Kleinfeller Anm. II, 8; Sarwey-Bossert Anm. 5; Jäger Anm. 18. Demgemäß kann auch der vor der Ehe geschlossene Ehevertrag nach § 32 Nr. 2 anfechtbar sein, so die nicht seltenen Uebertragungen des Vermögens des Mannes an die künftige Frau in der Form des Anerkenntnisses ihres Eigenthums daran. Die gesetzlich potestative Wahl des ehelichen Güterrechts ist keine unentgeltliche Verfügung; auch die Eingehung der Gütergemeinschaft hat nicht den Charakter einer Zuwendung, da sie nicht nur das Aktivvermögen, sondern auch die Schulden, gegenwärtige und künftige umfaßt. Dagegen kann die Umwandlung der bestehenden Gütergemeinschaft in die Gütertrennung, durch die die Ehefrau in einem Konkurse aussonderungsberechtigt wird (§§ 1426 ff. B.G.B.), eine unentgeltliche Zuwendung darstellen. Auch eine Morgengabe ist als unentgeltliche Verfügung anfechtbar, soweit sie nicht durch eine Gegenleistung Theil eines entgeltlichen Vertrages ist. R.O.H. 21, 297. —

7) Abweichend von Nr. 1 sind **die gebräuchlichen Gelegenheitsgeschenke unter Ehegatten** (Anm. 5) nicht von der Anfechtung ausgeschlossen, ohne daß die Motive diese Abweichung erwähnen. Da indeß die Abweichung im Gesetz besteht, und für die Anfechtbarkeit unter Eheleuten nur Nr. 2 sedes materiae ist, kann sie nicht fortinterpretirt werden. Eine Folgerung aus der Gleichheit des Grundes mit Nr. 1 verbietet sich zufolge der gerade gegen den Erwerb und die Vermögens-Entziehungen von Eheleuten mit Schärfe sich wendenden Tendenz der K.O. (vgl. Anm. 1 zu § 37) und der Singularität der Vorschrift zu Nr. 2. Otto S. 135; Sarwey-Bossert Anm. 5; Korn S. 106; Völderndorff 1, 366; Kranichfeld S. 32. — A.M. Fuchs S. 53; Mandry S. 471; Fitting § 16 Anm. 12; Stieglitz

Digitized by Google

Anm. IV.; Jaeckel S. 125; Cosack S. 147; Wengler S. 226; Hartmann S. 130; Eccius I, 114 Anm. 44; Petersen-Kleinfeller Anm. II, 8; Jäger Anm. 17.

8) Die vor mehr als zwei Jahren vor der K.Eröffnung erfolgten unentgeltlichen Verfügungen sind auch hinsichtlich der Anwendung des § 45 unanfechtbar, da hierfür § 32 sedes materiae ist.

9) Auch das **Versprechen der Leistung an einen Dritten** (§§ 328 ff. B.G.B.) kann eine unentgeltliche Verfügung enthalten und zwar besonders eine des Versprechensempfängers, in dessen Konkurse sie dann gemäß § 32 anfechtbar ist. In Betracht kommen namentlich: Schenkung mit der Auflage der Leistung an einen Dritten §§ 525 ff. B.G.B., Leibrentenvertrag §§ 759 ff. B.G.B., soweit dabei Leistungen an eine dritte Person ausbedungen werden, Gutsübernahmevertrag Art. 96 EG. z. B.G.B. und als Versprechen einer Zuwendung, die nach dem Tode des Versprechensempfängers bewirkt werden soll, der Lebensversicherungsvertrag. Hierüber ist ohne Beschränkung auf die Anfechtung aus § 32 zu sagen: (vgl. hierzu Hellweg, Die Verträge auf Leistung an Dritte §§ 56 u. 57)

I. Die Anfechtung kann im Konkurse des Versprechensempfängers erfolgen

1) gegenüber dem Versprechenden, sobald die Leistung an den Dritten vertraglich ausgemacht war, ohne Besonderheiten;

2) gegenüber den Dritten und zwar,

a) wenn die Leistung an ihn durch Vertrag mit ihm ausbedungen war, in Ansehung dieses Vertrags, je nachdem dafür die Voraussetzungen eines der Anfechtungsfälle der K.O. vorliegen;

b) wenn sie nicht vorher vertraglich bedungen war, in Ansehung der Leistung selbst, oder des Anspruchs auf die Leistung, sobald diese ein unwiderrufliches Recht des Dritten geworden ist, ebenfalls aus den Gründen der §§ 30—32. War der dritte Berechtigte zur Zeit der K.Eröffnung noch nicht oder nicht unwiderruflich bestimmt, so ist im ersten Falle nach dem Grundsatz des § 15 ein Rechtserwerb nicht mehr möglich, im zweiten der Widerruf durch den K.Verwalter zulässig, in beiden Fällen also für die Anfechtung kein Raum.

II. Das Bedenken, daß bei einem zu Gunsten eines Dritten geschlossenen Leibrenten- oder Lebensversicherungsvertrag im Konkurse des Versprechensempfängers eine Anfechtung gegenüber dem Dritten deshalb nicht zulässig sei, weil die Leistung nicht aus dem Vermögen des Versprechensempfängers (auch nicht durch Rechtsnachfolge), sondern aus dem des Versprechenden an den Dritten gelange, kann nicht getheilt werden. Anfechtbar ist, unter den Voraussetzungen der §§ 30—32, daß der Versprechensempfänger durch Vertrag einen Anspruch für einen Dritten begründet; dieser Anspruch oder die zu seiner Befriedigung erfolgte Leistung ist dem Vermögen des Versprechensempfängers entzogen, vgl. Jäger Anm. 28 zu § 32. A.M. Petersen-Kleinfeller, Anm. 6 zu § 32. Daraus folgt auch, daß von dem Dritten nicht etwa die zur Begründung des Anspruchs gemachten Leistungen, die Prämien, zurückgefordert werden können.

III. Im Falle des Abschlusses einer Lebensversicherung auf den Todesfall zu Gunsten eines Dritten erwirbt der Dritte, falls die Versicherung nicht auf Grund vertraglicher Abmachung zwischen dem Dritten und dem Versicherten genommen ist, die Leistung erst mit dem Todesfalle (§ 331 B.G.B.). Hier ist nach den oben unter I. 2 b ausgesprochenen Grundsätzen eine Anfechtung nur im Nachlaßkonkurs möglich. Für die Fristberechnung gemäß § 32 ist der Zeitpunkt des Erwerbes durch den Dritten also der Tod des Erblassers entscheidend. Vgl. Hellweg § 57.

10) **Der frühere Abs. 2 des § 32 hatte noch folgende Fortsetzung**

> sowie eine innerhalb dieses Zeitraums von ihm (dem G.Schuldner) bewirkte Sicherstellung oder Rückgewähr eines Heirathsguts oder des gesetzlich in seine Verwaltung gekommenen Vermögens seiner Ehefrau, sofern er nicht zu der Sicherstellung oder Rückgewähr durch das Gesetz oder durch einen vor diesem Zeitraum geschlossenen Vertrag verpflichtet war.

Diese Bestimmungen sind für den seit 1. Januar 1900 bestehenden Rechtszustand nicht mehr zu halten gewesen. Nach §§ 1391, 1418 B.G.B. besteht ein gesetzliches Recht auf

Digitized by Google

Sicherstellung oder auf Aufhebung des Verwaltungs- und Nutznießungsrechts schon dann, wenn durch das Verhalten des Mannes die Besorgniß begründet wird, daß die Rechte der Frau in einer das eingebrachte Gut in erheblicher Weise gefährdenden Weise verletzt werden. Die Rückgewähr oder Sicherstellung würde dann der Anfechtung entzogen sein. Demgegenüber können Rechtshandlungen, die der G.Schuldner, so lange er noch in guter Vermögenslage war, in Bezug auf Rückgewähr oder Sicherstellung des Heirathsgutes vorgenommen hat, nicht mehr für anfechtbar erklärt werden. Und nach § 1 K.O. gehört die eheliche Nutznießung überhaupt nicht mehr zur Konkursmasse. Vgl. Mot. zu K.O.N. S. 33 f. Die Bestimmung ist deshalb gestrichen. Nach geltendem Recht ist also die Sicherung oder Rückgewähr von Heirathsgut und Eingebrachtem nur soweit der Anfechtung unterworfen, als sie sich objektiv als eine Schenkung darstellt (§ 32, vgl. Anm. 6) oder als sie mit der Absicht der Benachtheiligung der Gläubiger (§ 31) geschehen ist.

11) Nach der **Uebergangsbestimmung** des Art. V des Einf.Ges. zur Nov. d. K.O. ist ein vor dem Inkrafttreten der Novelle eröffnetes K.Verfahren nach den bisherigen Gesetzen zu erledigen. Danach ist in einem solchen K.Verfahren die Anfechtung nach § 25 Nr. 2 Satz 2 alter Fassung noch zulässig. Vgl. Anm. 21 zu § 29. Dieser Fall wird aber jetzt, nachdem die einjährige Verjährungsfrist des § 34 alter Fassung für Klage und Einrede längst verstrichen ist, nur noch in schon anhängigen Prozessen Erörterung finden können.

Ebenso sollen gemäß Artikel VI E.G. zu K.O.N. und Art. 200 E.G. z. B.G.B., da für den Güterstand der zur Zeit des Inkrafttretens des B.G.B. bestehenden Ehen das Landesrecht in Anwendung bleibt, für alle sich aus ihm ergebenden Rechtsverhältnisse die Vorschriften des vor 1900 geltenden Konkursrechtes, also auch die Anfechtung aus § 25 Nr. 2 Satz 2 alter Fassung im Allgemeinin maßgebend bleiben. Die Landesgesetzgebung aber kann nach Art. VI letzter Satz die Vorschriften des neuen Konkursrechtes für anwendbar erklären. Dies haben im Wesentlichen nur Württemberg und Baden nicht gethan. Vgl. Anm. 25 zu § 1.

Auch mit Rücksicht hierauf dürfte sich eine Erörterung des früheren Rechtszustandes erübrigen.

§ 33. (26.)

Rechtshandlungen, welche früher als sechs Monate vor der Eröffnung des Verfahrens erfolgt sind, können aus dem Grunde einer Kenntniß der Zahlungseinstellung nicht angefochten werden.

E. I. 33. P. 122 Abs. 5.

1. Anwendungsgebiet des § 33.
2. Sechsmonatfrist.
3. Einfluß des § 33 auf die Zeit der Zahlungseinstellung.

1) **Das Anwendungsgebiet** des § 33, der zur Verminderung der Unsicherheit des Verkehrs erlassen worden, Mot. 139, ist beschränkt auf Rechtshandlungen, die nach einer Zahlungseinstellung erfolgt sind und gemäß § 30 Nr. 1 oder § 30 Nr. 2 angefochten werden. Auch die Anfechtung aus § 30 Nr. 2 beruht auf der präsumirten Kenntniß der Zahlungseinstellung, Anm. 10 zu § 30, RG. 25, 86. Die nach einem Antrage auf K.Eröffnung oder binnen 10 Tagen davor erfolgten Rechtshandlungen, die als solche ohne Rücksicht auf eine Zahlungseinstellung nach § 30 angefochten werden, unterliegen nicht einer Anfechtung auf Grund einer Kenntniß der Zahlungseinstellung, und sind deshalb vom § 33 nicht betroffen; wenngleich sie nach der Entstehungsgeschichte, vgl. E. I, § 32 u. Mot. dazu S. 178, 179 u. Mot. zu E. § 33, anscheinend mit betroffen werden sollten so ist dies nach der deutlichen Gesetzesfassung für ausgeschlossen zu erachten. Ebenso sind, im § 33 die, nach § 30 Nr. 2 anfechtbaren, binnen 10 Tagen vor einer Zahlungseinstellung erfolgten Rechtshandlungen nicht einbegriffen, für die eine präsumtive Kenntniß der (späteren) Zahlungseinstellung nicht in Betracht kommt, vgl. Anm. 10 zu § 30. Vgl. Petersen-Kleinfeller Anm. 2. Jäger Anm. 4. Für alle Fälle des § 30 Nr. 2 lehnen die Anwendung des § 33 ab: Cosack S. 205; Endemann S. 257; Francke, Busch 4, 517;

Digitized by Google

Grützmann S. 144 ff. — Entsprechend ist § 33 in den Fällen der §§ 34, 50, 55 Nr. 3, 56 anwendbar, wenn dabei eine Zahlungseinstellung als Grund in Betracht kommt.

2) **Die Frist der sechs Monate ist eine materiell-rechtliche Frist,** nicht eine Verjährungs- oder Ausschlußfrist (§ 41). Es handelt sich nicht um den Verlust eines schon entstandenen Rechts durch Nichtgebrauch, das Anfechtungsrecht wird vielmehr für die früheren Rechtshandlungen überhaupt nicht begründet. Die Vorschrift ist auch nicht eine prozessualische Frist. RG. 17, 329; vgl. 27, 287. Für die Fristberechnung ist daher die C.P.O. weder direkt, noch (mit Völderndorff 1, 373) analog anzuwenden, sondern das bürgerliche Gesetzbuch §§ 186 ff. Darnach ist von Monat zu Monat, ohne Berücksichtigung eines dazwischen fallenden Schalttages zu rechnen und ohne Verlängerung nach C.P. § 222 Abs. 2, wenn der letzte Tag ein Sonntag oder Feiertag ist; RG. 17, 329; fehlt der entsprechende Tag im letzten Monat, so tritt dafür der letzte Tag dieses Monats ein. Ist der Konkurs am 31. August eröffnet, so ist nur eine nicht vor dem 28. Februar (im Schaltjahre 29. Febr.) vorgenommene Handlung anfechtbar. Windscheid § 103 Nr. 2c. Dernburg 1, § 70. Wechs.Ordn. § 32 Nr. 2. Ob der letzte Tag ein Sonntag oder ein Feiertag ist, macht keinen Unterschied; eine solche Ausdehnung der Frist würde eine positive Gesetzesvorschrift voraussetzen, zumal die Frist nach dem objektiven Momente, wann die anfechtbare Rechtshandlung erfolgt war, und nicht nach dem subjektiven Rechte, wann die Anfechtung erfolgen muß, bestimmt ist. Stieglitz S. 162, 163; Otto S. 122. Vgl. Anm. 12 zu § 31. § 193 B.G.B. kann auf die K.Eröffnung keine Anwendung finden. Bei zeitlicher Trennung der Akte der Rechtshandlung ist diese erst mit dem letzten Akte erfolgt. Hat jedoch eine Benachrichtigung auf Grund des § 845 C.P.O. unter rechtzeitiger nachträglicher Pfändung stattgefunden, so ist die anfechtbare Rechtshandlung als am Tage der Benachrichtigung erfolgt anzusehen, RG. 17, 331; auch ist, wenn zur rechtsgeschäftlichen Begründung des den Inhalt der anfechtbaren Rechtshandlung bildenden Rechts die Eintragung erforderlich ist, gemäß § 892 B.G.B. die Rechtshandlung gegen die hier erwähnte Anfechtung geschützt, wenn nur Einigung und Eintragung vor Beginn der Sechsmonat-Frist erfolgt sind. Vgl. Anm. 13 zu § 30.

3) **Ein Einfluß** auf die Bestimmung der **Zahlungseinstellungszeit** soll durch den § 33 nicht ausgeübt werden. § 33 versagt nur die Anfechtung von Rechtshandlungen, die früher als sechs Monate vor der K.Eröffnung vorgenommen sind, er hindert nicht, daß die Zahlungseinstellung für einen früheren Zeitpunkt festgestellt werden kann. RG. 6, 110; Cosack S. 179 ff.; A.M. RG. 25, 87; Petersen-Kleinfeller § 26 Anm. 1; Sarwey-Boffert Anm. 1, die sich unzutreffend auf Motiv II. S. 138 berufen, vgl. dazu Jäger Anm. 1.

§ 34. (27.)

Wechselzahlungen des Gemeinschuldners können auf Grund des § 30 Nr. 1 von dem Empfänger nicht zurückgefordert werden, wenn nach Wechselrecht der Empfänger bei Verlust des Wechselanspruchs gegen andere Wechselverpflichtete zur Annahme der Zahlung verbunden war.

Die gezahlte Wechselsumme muß von dem letzten Wechselregreßschuldner oder, falls derselbe den Wechsel für Rechnung eines Dritten begeben hatte, von diesem erstattet werden, wenn dem letzten Wechselregreßschuldner oder dem Dritten zu der Zeit, als er den Wechsel begab oder begeben ließ, einer der im § 30 Nr. 1 erwähnten Umstände bekannt war.

E. 1. 33. P. 100 Abs. 2. 3.

1. Einfluß des Wechselrechts.
2. Wechselzahlungen.
3. Ausschluß der Anfechtung nach § 30 Nr. 1 bei Abs. 1.
4. Voraussetzungen des Ausschlusses
   a) Verpflichtung zur Annahme der Zahlung.
   b) Verlust des Wechselanspruchs
5. Inkasso-Giro.
6. Bestimmung des Abs. 2.
7. Abs. 1 Voraussetzung des Abs. 2.
8. Wechselbegebung für Rechnung eines Dritten.
9. Anfechtung nach § 30 Nr. 1 bei Abs. 2
10. Zeitpunkt der Begebung.

Digitized by Google

C.P.O. Der Versuch, selbst für den § 31 die Delikts-Natur zu beseitigen, weil der Anfechtungsgegner ja etwa an die Verwirklichung der Absicht des G.Schuldners nicht glaube oder diese zu vereiteln gedenke, also thatsächlich nicht in dolo zu sein brauche (Cosack S. 19, 20), beruht auf der unrichtigen Unterstellnng, als wenn ein civilrechtlicher dolus des Anfechtungsgegners (vorsätzliches rechtswidriges Handeln) nur dann vorliegen könne, wenn er selbst die Absicht habe, Andere zu benachtheiligen. Vgl. für § 31 Nr. 1: RG. 21, 425; 23, 13; für Nr. 2 vgl. Anm. 14. Abw. außer Cosack für eine cond. ex lege Eccius, Raff.K. 29, 739; 34, 148. Daß man die Handlung nicht als Betrug bezeichnen kann, weil keine Täuschung erforderlich sei (Völderndorff 1, 310), ist sachlich unerheblich, da ein Betrug nicht Voraussetzung der Anfechtung ist. —

5) Das Nichtbestehen der **Benachtheiligungsabsicht** oder die Unkenntniß einer solchen Absicht, muß, um die Anfechtung auszuschließen, **zur Zeit der Rechtshandlung** vorhanden gewesen sein; bei zeitlicher Trennung der zur Rechtshandlung nöthigen Akte, also namentlich bei Verträgen, bis zur Vollendung derselben. RG. 4, 32; 6, 28. Dies ist in Nr. 2 ausdrücklich gesagt: „zur Zeit des Vertragsabschlusses" und in Nr. 1 durch die Fassung: „in der dem anderen Theile bekannten Absicht vorgenommen" ausgedrückt. Spätere mala fides superveniens schadet nicht. Wegen der Kenntniß eines Bevollmächtigten vgl. Anm. 12 zu § 30.

6) **Die Beweislast hat für Nr. 1** nach dem allgemeinen Grundsatze der Verwalter. Wenn die Absicht des Schuldners aus den Thatumständen zu folgern ist und es sich nur noch um die Kenntniß des Gegners handelt, ist darüber die Eideszuschiebung an ihn zulässig, RG. 3, 430. Anm. 17 zu § 30. Zu einer Sorgfalt, um die Absichten des Schuldners zu erfahren, ist Niemand gegenüber den Gläubigern verpflichtet; es gestattet aber einen Schluß auf die wirkliche Kenntniß, daß der Gegner im eigenen Interesse oder mit Rücksicht auf seine Beziehungen zum Schuldner um dessen Verhältnisse sich zu kümmern Veranlassung hatte. Man wird auch mit RG. 15, 368 (vgl. Neffel, Raff.K. 28, 152) es für zulässig halten müssen, durch Eideszuschiebung an den Gegner über seine Kenntniß von der Absicht des Schuldners diese Absicht selbst festzustellen, und den Gegner (mit RG. 15, 368) als Rechtsnachfolger des Schuldners hinsichtlich des ihm gewährten Rechtes anzusehen. RG. 26. Juni 1893, J.W. 427. A.M. Petersen-Kleinfeller, Anm. I, 7; Sarwey-Bossert, Anm. 2 Z. 3; Brettner, Raff.K. 28, 728.

7) Zu Nr. 1. Der Anfechtung aus § 31 Nr. 1 unterliegen unter der Voraussetzung der unredlichen Verkürzung der Gläubiger (Anm. 1, 2 u. § 37) alle in Anm. 1 zu § 29 bezeichneten **Rechtshandlungen des G.Schuldners ohne Unterschied der Zeit** ihrer Vornahme, sofern nur nicht eine Zeit *nach* der K.Eröffnung in Frage kommt, §§ 7, 29, **und ohne Ausnahme einer Art.** Auch eine an den G.Schuldner seitens seines Schuldners erfolgte rechtlich erzwingbare fällige Vertragserfüllung, die unter § 30 Nr. 1a nicht fällt (vgl. Anm. 16 zu § 30), ebenso die seitens des G.Schuldners an seinen Gläubiger erfolgende fällige Vertragserfüllung, der in der Regel die Voraussetzung des § 31 Nr. 1 bez. des entsprechenden § 3 Nr. 1 Ges. v. 21. Juli 1879 fehlen werden, *kann* anfechtbar sein. Hierüber des Näheren Anm. 15 ff.

Es macht ferner keinen Unterschied, ob die Handlungen im gewöhnlichen Verkehr oder innerhalb eines Rechtsstreits vorgekommen sind, § 35. Nicht das Urtheil ist anzufechten, das keine Rechtshandlung des G.Schuldners und direkt nur durch die Rechtsmittel und Rechtsbehelfe der C.P.O. anzugreifen ist, sondern die vorangegangenen Handlungen im Rechtsstreite (Anerkenntnisse ꝛc.), deren Anfechtung das Urtheil nach § 35 nicht entgegensteht, Mot. 131, 132; Prot. 23; oder nachfolgende Akte, Pfändungen, Zwangsbeitreibung, die dann nach § 35 ebenfalls nicht durch das Urtheil vor Anfechtung geschützt sind. — Wechselverpflichtungen und Wechselzahlungen sind nach § 31 Nr. 1, mithin gegen den mit der Verkürzungsabsicht des Schuldners bekannten Gläubiger anfechtbar, mag diese Absicht durch das Rechtsgeschäft mit diesem Gläubiger oder schon durch ein früheres ausgeführt sein sollen. — Unentgeltliche Verfügungen, wenngleich spezieller Gegenstand des § 32, sind begrifflich von § 31 Nr. 1 nicht ausgeschlossen; praktisch kann dies

Digitized by Google

werden, weil die Zeitbeschränkung der Verfügungen aus § 32 für den § 31 wegfällt und die Leistungspflicht für den bösgläubigen Erwerber nach § 37 größer ist. Insbesondere gehören dahin auch Verzichte, Entsagungen (Erbschaftsentschlagungen, soweit der Verwalter über das jus succedendi verfügen kann, vgl. Anm. 20 zu § 1 und § 9). — Wegen der simulirten Geschäfte vgl. Vorbemerkung 10 vor § 29.

8) Ob der G.Schuldner zur Zeit der Handlung schon insuffizient war, oder es durch sie wurde, ist für § 31 Nr. 1 unerheblich. Ein Nachweis, daß durch die Rechtshandlung eine Benachtheiligung der Gläubiger erfolgt ist, wird vom Gesetze, abweichend von § 30 Nr. 1 Satz 1 und von § 31 Nr. 2, hier nicht erfordert. RG. 24. Juni 1882, Raff.K. 27, 162; 4. Febr. 1885, J.W. S. 125. Es gilt hier, dem Anfechtungszwecke des § 37 entsprechend, die in Anm. 1 zu § 29 aufgestellte allgemeine Regel hinsichtlich der objektiven Voraussetzung einer Vermögensminderung. Immer ist das Vorhandensein einer objektiven **Benachtheiligung** und zwar einer **nach dem Zeitpunkte der K.Eröffnung** zu beurtheilenden (RG. 14. Juni 1894; J.W. 429; vgl. Anm. 5 § 29) nöthig. Sie fehlt, wenn ein veräußerter oder sonst entzogener Vermögensgegenstand schon ohnehin über den Werth belastet ist, RG. 14, 313; 15, 65; 21, 99; 21. März 1889, Raff.K. 33, 1105; 16. Mai 1892, J.W. 312.

9) **Zu Nr. 2.** Die a. „entgeltlichen Verträge", die der G.Schuldner b. mit seinem Ehegatten oder nahen Verwandten c. im letzten Jahre vor der K.Eröffnung geschlossen hat, und die d. die K.Gläubiger benachtheiligen, sind als voraussichtlich und in der Regel betrügerisch anfechtbar, ohne daß zur Begründung der Anfechtung vom Verwalter der für § 31 Nr. 1 nöthige Nachweis geführt zu werden braucht, daß der G.Schuldner die Absicht hatte, seine Gläubiger zu benachtheiligen und daß dies dem anderen Theile bekannt war. Der Gegner hat nur einen Einwand für seinen guten Glauben, wenn er das Gegentheil nachweist.

10) a. Der Ausdruck: **„entgeltliche Verträge"** ist gewählt, um alle Verträge zu umfassen, die nicht zu den „unentgeltlichen Verfügungen" des § 32 gehören. Dazu gehören daher auch Erbtheilungen, Pachtverträge, Angaben an Zahlungsstatt, Pfand- und Hypothekenbestellungen, Leibrentenkäufe und alle Veräußerungen im römisch-rechtlichen Sinne einer alienatio, Mot. 132, 133; desgleichen die Bewilligung vollstreckbarer Urkunden, RG. 9, 100, ohne Rücksicht, ob ein Recht auf gewährte Sicherung bestand, RG. 29, 300; und überhaupt alle, im gemeinsamen Einverständnisse der Betheiligten getroffenen, sachlich dem Begriffe eines Vertrages entsprechenden entgeltlichen Rechtshandlungen, Cosack S. 120, 134 ff.; RG. 23. Febr. 1886; J.W. 117; vgl. Anm. 2 zu § 32. Auch die Erfüllung eines Rechtsgeschäfts ist nicht ausgeschlossen und deren Annahme ist im Sinne der Nr. 2 ebenfalls ein Rechtsgeschäft; hierüber des Näheren Anm. 15 ff.

11) b. Verträge „mit seinem **Ehegatten** vor oder während der Ehe". Verträge zwischen Brautleuten fallen also darunter, sofern sie vor der Anfechtung Eheleute wurden und der Vertrag im letzten Jahre vor der K.Eröffnung geschlossen wurde; sogar braucht eine Heirath zur Kontraktszeit noch gar nicht in Aussicht gewesen zu sein. — Verträge, nach der Ehe geschlossen, also geschiedener Eheleute, sind ausgeschlossen, — Für die während der Ehe geschlossenen Verträge ist nur das Bestehen der Ehe beim Vertragsabschlusse und die Zeit des Abschlusses im letzten Jahre vor der K.Eröffnung vorausgesetzt. Ob die Ehegatten später geschieden oder die Ehe für nichtig und ungültig erklärt oder durch Tod aufgelöst ist, hat keinen Einfluß.

„Mit seinen oder seines Ehegatten **Verwandten**" u. s. w. Wer zu den Verwandten gehört, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden; so namentlich die Begründung einer Verwandtschaft durch Adoption oder durch außereheliche Geburt. Der Begriff der Verwandtschaft ist hier als Rechtsbegriff ebenso vorausgesetzt und aus dem bürgerlichen Rechte zu ergänzen, wie sonst die Rechtsbegriffe von Kauf, Miethe, Eigenthum u. s. w. Danach sind verwandt Ascendenten, Descendenten und Geschwister, ebenso Kinder aus nichtigen Ehen, die für ehelich gelten § 1699 B.G.B. und legitimirte Kinder §§ 1719, 1730 B.G.B., ein uneheliches Kind ist verwandt nur mit der Mutter und deren Ver-

Digitized by Google

wandten §§ 1705, 1589 Abs. 2 B.G.B.; ein adoptirtes Kind, nur mit dem Adoptivvater (außer seinen natürlichen Verwandten) §§ 1757, 1763. — Bei gesetzlicher Vertretung eines Kontrahenten entscheidet die Verwandtschaft des Kontrahenten, nicht des Vertreters. RG. 12, 66 (dagegen Meisner, Raff.K. 32, 491). — Hinsichtlich der Verwandten des Ehegatten ist die frühere Annahme, daß die Ehe zur Zeit des Vertragsschlusses noch bestanden haben müsse (RG. 7. Oktober 1882, J.W. 261; Wallmann, D.Jur.Z. 8, 98; vgl. Obtr. 53, 347; Strieth. 55, 197), nach Art. 33 E.G. z. B.G.B. nicht mehr zutreffend. Danach sollen, soweit in der K.O. an die Schwägerschaft rechtliche Folgen geknüpft sind, die Vorschriften des B.G.B. über Schwägerschaft Anwendung finden. Nach B.G.B. § 1590 dauert die Schwägerschaft fort, auch wenn die Ehe, durch die sie begründet wurde, aufgelöst ist. § 31 enthält die einzige Vorschrift der K.O., die sich auf Verschwägerte, wenn auch unter der Bezeichnung „Verwandte des Ehegatten" bezieht. Die „auf- und absteigende Linie" des § 31 ist die „grade Linie" des B.G.B. § 1589. Dagegen ist durch die Bezeichnung „Ehegatten" von Geschwistern und Verwandten ausgedrückt, daß die in Betracht kommende Ehe zur Zeit des Vertragsabschlusses noch bestanden haben muß, da sonst nicht ein Ehegatte, sondern ein Ehegatte-Gewesener in Rede steht. Ebenso ist durch den Ausdruck: „Ehegatten" ein Vertrag ausgeschlossen, welcher mit einem oder einer Verlobten der bezeichneten Personen geschlossen ist, selbst wenn nachher die Heirath erfolgte; das Ausnahme-Gesetz gestattet keine analoge Ausdehnung. Vgl. Obtr. 49, 356; 67, 62. Strieth. 46, 204. Hartmann S. 114; Stieglitz Anm. V. 3; Petersen-Kleinfeller Anm. II. 18; Otto S. 198; Fitting § 16 zu I. 1. Ist der Vertrag durch die Heirath suspensiv bedingt, so ist er als mit dem Ehegatten geschlossen anzusehen.

12) c. **Fristberechnung.** Für die Berechnung des letzten Jahres vor der K.Eröffnung ist nicht die C.P.O. entscheidend; die Frist ist keine prozessualische, sondern eine civilrechtliche Frist zur Bestimmung eines Bestandtheils des Anfechtungsgrundes, also eine Ausschlußfrist, deren Nichtinnehalten die Beseitigung einer sonst stattfindenden Befugniß bewirkt, nicht eine Verjährungsfrist, die durch ihren Zeitablauf eine unbedingt begründet gewesene Verbindlichkeit aufhebt. Ein Restitution (in integr.) ist gegen die Frist nicht zulässig. RG. 17, 70; 27, 285. — Die Gerichtsferien haben nach G.V. § 204 keinen Einfluß. Das Jahr ist nach dem bürgerlichen Rechte zu berechnen. RG. 27, 285, B.G.B. §§ 187, 188. Danach muß, wenn die K.Eröffnung am 2. Januar 1902 erfolgte, die Rechtshandlung am 2. Januar 1901 (oder später) vorgenommen sein, um der Anfechtbarkeit zu unterliegen. Erfolgte die K.Eröffnung an einem 29. Februar, so entspricht ihm der 28. Februar. Ebenso war es nach gem. und preuß. Rechte. Windscheid § 103 Nr. 2, c. d. R.O.H. 12, 129. Wechs.O. Art. 32 Nr. 2. Die Behauptung, daß der Vertrag im letzten Jahre geschlossen ist, gehört zur Begründung der Anfechtung und der Klage; die Beweislast trifft den Anfechtenden.

13) d. Für die Anfechtbarkeit gemäß § 31 Nr. 2 ist ebenso wie in § 30 Nr. 1 der Nachweis verlangt, „**daß der Vertrag** zur Zeit seines Abschlusses und **durch den Abschluß eine Benachtheiligung der Gläubiger in sich enthalten habe.**" Mot. 132 Prot. 22. Für dies Erforderniß gilt das in Anm. 15 zu § 30 Bemerkte. Der hiergegen von Grützmann S. 162 geltend gemachte Grund, daß die Rechtslage der Betheiligten eine verschiedene sei, entscheidet nicht gegen die gesetzgeberisch gewollte und in gleicher Fassung erklärte Gleichstellung. Vgl. Mot. 117, 133; Prot. 22; RG. 4. April 1882, Raff.K. 27, 157. Die Benachtheiligung der Masse durch das Geschäft hat auch hier der Anfechtungskläger zu beweisen. Vgl. Korn S. 192 ff., dagegen Jaeckel S. 104.

14) **Beweislast für Nr. 2.** Die Vermuthung der bewußten Verletzung (nicht Fiktion, da sie durch Gegenbeweis entkräftet werden kann) ist durch die Nothwendigkeit des Gegenbeweises und die Beweislast des Gegners für Nr. 2 deutlich ausgedrückt. RG. 26, 1; 1. Novbr. 1889, J.W. 461; 7. Dezbr. 1889, J.W. 1890 S. 43; Seuffert, Busch 9, 133, 135; Endemann S. 264; Jaeckel S. 94, 98 ff. A.M. Cosack S. 126; Petersen-Kleinfeller Anm. II. 11. Die Vermuthung ist durch den Nachweis zu widerlegen, daß zur Zeit des Vertragsabschlusses eine Absicht des G.Schuldners, Gläubiger zu benachtheiligen, nicht bestand, oder,

Digitized by Google

ohne Rücksicht darauf, ob sie bestand, dem Anfechtungsgegner nicht bekannt war. Vgl. Rechtsfall RG. 10. Dezbr. 1894, Raff.K. 39, 434. Wegen der Zulässigkeit der Eideszuschiebung an den Verwalter und des Verhältnisses des vom Verwalter vertretenen G. Schuldners als Rechtsvorgängers des Gegners hinsichtlich des ihm gewährten Rechts, vgl. Anm. 6 und RG. 15, 368, wobei jedoch zu berücksichtigen ist, daß das RG. den Verwalter nicht als Verteter des G.Schuldners ansieht. Entsprechend den Voraussetzungen, vgl. Anm. 1, genügt es, eine der mehreren zugleich nothwendigen zu widerlegen, also nachzuweisen, daß eine Absicht des G.Schuldners, Gläubiger zu benachtheiligen, nicht bestand.

15) Daß auch **Erfüllungshandlungen** sowohl nach Nr. 1 wie nach Nr. 2 anfechtbar sind, ist schon gesagt.

a. **Nach Nr. 1** ergiebt sich dies daraus, daß es hier nur auf die Absicht des G. Schuldners ankommt; war sie darauf gerichtet, die Gläubiger zu benachtheiligen, so sind die übrigen Beweggründe, also auch die Absicht, eine Schuld zu tilgen, dem Gläubiger nur zuzuwenden, was ihm zusteht, gleichgültig; die Voraussetzung des § 31 Nr. 1 ist gegeben, sobald dem anderen Theil die Kenntniß dieser Absicht nachzuweisen ist. Das wird bei einem Erfüllungsgeschäft schwerer sein, als bei einer anderen Rechtshandlung des G. Schuldners, begrifflich aber ist zwischen Erfüllungs- und anderen Geschäften kein Unterschied. So ist auch vom Reichsgericht nicht nur die Erfüllung durch Leistung an Zahlungsstatt, RG. 6, 46; 9, 102 4. Febr. 1897 J.W. 170, oder gar nur die Sicherung RG. 23, 16; 45, 23, sondern auch die Zahlung selbst für anfechtbar erklärt, RG. 16, 27, 61; 20, 180; 26, 3; 27, 135; 33, 124; 38 103; 24. Juni 1882, Raff.K. 27, 162, 18. Dez. 1882, J.W. 1883, 27, 28; 5. Nov. 1884, J.W. 1885, 7; 28. Okt. 1886, J.W. 415; 28. März 1887, J.W. 1888, 70; 26. Febr., 8. Okt. 1891, J.W. 200, 511; 5. Jan., 18. Mai, 15. Juni 1893, J.W. 97, 352, 385; 14. Juni 1894, J.W. 429; 25. Jan. 1896, J.W. 175; 10. Jan. 1897, J.W. 111, weil stets durch besondere Umstände bei der Zahlung die Absicht der Benachtheiligung festgestellt werden konnte.

16) b. **Nach Nr. 2** ist das unter die entgeltlichen Verträge fallende Erfüllungsgeschäft ebenfalls stets für anfechtbar gehalten worden. Es ist aber dabei die Ansicht ausgesprochen, daß beim Vorhandensein einer wirklich fälligen Schuld die Befriedigung der Gläubiger durch den Schuldner nicht ohne Weiteres als in der Absicht, die übrigen Gläubiger zu benachtheiligen, erfolgt angesehen worden könne. Es müsse deshalb die Vermuthung der fraudulosen Absicht, welche für die mit nahen Verwandten in bestimmter Zeit abgeschlossenen Rechtsgeschäfte in Nr. 2 aufgestellt worden, wegfallen und vielmehr dem K.Verwalter aufgegeben werden, auch in den Fällen der Nr. 2 seinerseits die böse Absicht zu beweisen. So namentlich RG. 27, 135, 38, 103; 20. Sept. 1892, J.W. 429; 24. Sept. 1897, J.W. 570; 18. Febr. 1898, J.W. 223. In den Entscheibungen 27, 130 f. und J.W. 1897, 170 ist derselbe Satz auch auf Erfüllungsgeschäfte ausgedehnt, in denen nicht die geschuldete Leistung, sondern eine andere an Zahlungsstatt gegeben wurde. Und schließlich ist für den ganz gleichliegenden Fall des § 3 Nr. 2 des Anfechtungsgesetzes in den Entscheidungen vom 22. Okt. 1896, J.W. 670 und vom 29. Okt. 1898, JW. 664 auch angenommen, daß bei reinen Deckungsgeschäften, bei Bestellung von nicht versprochenen Hypotheken durch den G.Schuldner die Präsumtion der bösen Absicht beseitigt sei.

Bei der Begründung dieser Entscheidung ist davon ausgegangen, (vgl. Jäger Anm. 35 zu § 31) daß bei dem Vorliegen solcher Geschäfte die für die Annahme der bösen Absicht vorhandene ratio legis weggefallen sei, daß es für „die Vermuthung bezweckter Benachtheiligung" an der thatsächlichen Unterlage fehle. Zu einer solchen Annahme giebt das Gesetz keine Handhabe. Vielmehr sind alle mit Verwandten in einer gewissen Zeit geschlossenen entgeltlichen Verträge für verdächtig erklärt worden, offenbar nur mit Rücksicht auf das verwandtschaftliche Verhältniß. Dieses begründet die Vermuthung für alle Fälle, auch für die Erfüllungsgeschäfte, mag es sich um reine Erfüllung, um Hingabe an Zahlungsstatt oder um bloße Sicherung, „Deckung" handeln. Wohl aber wird das Vorliegen solcher Geschäfte von größter Bedeutung für den von den Anfechtungsgegnern zu führenden Gegenbeweis sein, daß eine Benachtheiligungsabsicht des Schuldners nicht vorlag oder ihm nicht

Digitized by Google

bekannt war. In dieser Beziehung kommen die rein thatsächlichen Momente, die zur Aufhebung der Präsumtion führen sollten, vollkommen zur Geltung, ohne daß es einer dem Gesetz widersprechenden Annahme bedarf. Nur wird man nun sofort sehen, daß als Beweismittel in diesem Sinne Leistung der geschuldeten Erfüllung, Hingabe an Zahlungsstatt und bloßes Decken sehr verschiedene Kraft haben, und daß besonders das Vorliegen eines Geschäftes, das nicht ein Erfüllungsgeschäft ist, für sich allein durchaus nicht geeignet sein wird, den in Nr. 2 verlangten Gegenbeweis zu liefern.

In dem hier wiedergegebenen Sinne spricht sich das Urtheil des Reichsgerichts **RG. 45**, 23, und zwar um nicht mit den früheren Entscheidungen in Widerspruch zu treten, nur für den Fall des § 31 Nr. 2 aus, doch wird die Entscheidung für alle Fälle, in denen Erfüllungsgeschäfte im weitesten Sinne angefochten werden, Anwendung finden müssen.

§ 32. (25.)

Anfechtbar sind:

1. die in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen, sofern nicht dieselben gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke zum Gegenstande hatten;
2. die in den letzten zwei Jahren vor der Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen zu Gunsten seines Ehegatten.

E. I. 30. P. 102. 103. K.O.N.

1. Rechtscharakter der Anfechtung aus § 32.
2. Begriff der unentgeltlichen Verfügung.
3. Folgerungen.
4. Fristen.
5. Gelegenheitsgeschenke.
6. Unentgeltliche Verfügungen unter Ehegatten.
7. Gelegenheitsgeschenke unter Ehegatten.
8. Verhältniß des § 45 zu § 32.
9. Versprechen der Leistung an einen Dritten.
10. Früherer Abs. 2.
11. Uebergangsbestimmungen.

1) Rechtscharakter der Anfechtung aus § 32. Der § 32 umfaßt Fälle einer durch Gesetz für unberechtigt erklärten Zuwendung an einen Dritten, die zufolge positiver Gesetzesvorschrift zur Befriedigungsmasse zu Gunsten der K.Gläubiger zurückverlangt werden kann, ohne daß eine fraudulose Absicht des G.Schuldners oder eine Verschuldung des Gegners vorliegt. Der Anfechtungsgrund beruht hier also nicht auf einem Delikte, sondern auf einr oblig. ex lege aus Billigkeitsgründen. Wer aus dem Vermögen des Schuldners ohne Opfer etwas erzielt, soll den sonst geschädigten Gläubigern weichen. Nothwendig ist auch hier zur Anfechtung, daß eine Benachtheiligung betreffs der Befriedigung der Gläubiger stattgefunden hat, die nur zur Zeit der K.Eröffnung vorhanden sein muß, **RG. 33**, 122; im Uebrigen ist die gute oder schlechte Lage der Vermögensverhältnisse des G.Schuldners und die Kenntniß davon, sowie eine Benachtheiligungsabsicht unerheblich; ebensowenig wird ein arglistiges Verhalten fingirt.

2) Zu Nr. 1. **Der Begriff der unentgeltlichen Verfügungen** war schon vor dem B.G.B nicht aus dem allgemeinen bürgerlichen Rechte zu bestimmen, sondern für alle Rechtssysteme durch § 32 bestimmt. Er ist umfassender, als die Begriffe der Schenkung und der freigebigen Verfügungen (P. § 102). Einen Anhalt giebt die Entgegensetzung der „entgeltlichen Verträge" und der „unentgeltlichen Verfügungen" der Ehegatten in § 31 Nr. 2 und § 32 Nr. 2, die alle im Konkurse anfechtbaren Dispositionen umfassen sollen. Die unentgeltlichen Verfügungen umfassen alle Zuwendungen aus dem Vermögen des Schuldners, für die nach der Absicht beider Theile, des Verfügenden und des Empfängers, ein Entgelt, eine Gegenleistung für die Leistung, nicht gegeben werden soll, ohne Rücksicht auf Motive, Zweck und Erfolg, also auch ohne Rücksicht auf Bereicherung des Empfängers. Der maßgebende Begriff des Entgelts läßt dem Verkehr entsprechend nur die subjektive Absicht der Betheiligten, nicht den objektiven Werth des Gewährten, als entscheidend zu. **RG. 10**, 86; **30**, 36; 7. Juli 1885, 16. Apr., 28. Okt. 1886, Bolze **2**, 566; **3**, 385, 379; 22. Dezbr. 1888, J.W.

Digitized by Google

1889 S. 68; 2. Mai 1894, J.W. 321; vgl. Cosack S. 134 ff., Eccius 2, § 122 Anm. 8; Endemann S. 266 ff.; Kohler § 40; Petersen-Kleinfeller 1, 3. Indeß ist es nicht wesentlich, ob die Erlangung einer Gegenleistung der Beweggrund für das Geschäft gewesen ist; sondern ob eine Gegenleistung gegeben oder bedungen ist, RG. 29. Apr. 1893, J.W. 294. Obgleich die (reinen) Schenkungen den Hauptbestandtheil der unentgeltlichen Verfügungen bilden, hat die in den Mot. 134 ff. erfolgte Identifizirung im Gesetze keinen Ausdruck gefunden; es ist weder, wie bei einer Schenkung ein Vertrag, noch eine Bereicherung für den Empfänger nöthig, RG. 10, 86, u. v. 16. April 1886 citirt in 38, 9. Zu den unentgeltlichen Verfügungen gehören insbesondere auch Vermögensvortheile aus dem Vermögen des G.Schuldners ohne direkte Vermögens-Vermehrung für den anderen Theil: Bürgschaft und Pfandsicherung für fremde Schuld (a.M. Kohler S. 228), Verzicht auf Sicherung der Schuld des anderen Theils an den G.Schuldner, Freigebigkeitsleistungen, durch die dem anderen Ausgaben erspart bleiben. Jedenfalls gehören dahin Verzichte, Entsagungen, auch solche von Erbschaften und Vermächtnissen, soweit solche nach § 1 und nach dem bürgerlichen Rechte als zur K.Masse gehörig anzusehen sind (vgl. § 9 und Anm. 7 zu § 29; Mot. 136, 116, 117 RG. 28, 136, franz. R.); Ueberweisungen von Kaufgelderforderungen als antecipirte Erbtheile an Kinder, die darauf vor dem Tode ihrer Eltern noch kein Recht haben, RG. 21. Apr. 1892, J.W. 302; Verfügungen, die der G.Schuldner „gegen ein nur scheinbares Entgelt" vorgenommen hat, RG. 29, 265; vgl. Strieth. 31, 108, Cosack S. 134, 142; remuneratorische Schenkungen (Obtr. 62, 356, Strieth. 76, 87, 93), soweit sie nicht gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke sind, vgl. Anm. 5, desgleichen donationes sub modo, sofern nicht ein Entgelt als beabsichtigt anzunehmen ist. Vgl. Cosack S. 145. A.L.R. I. 11 §§ 1053 ff.

3) **Folgerungen.** Pfandsicherung des Schuldners für seine eigene Schuld kann an sich je nach den Umständen entgeltlich oder unentgeltlich gewährt sein, vgl. Cosack S. 152, RG. 3, 169. Sie ist indeß schon durch § 30 (als sedes materiae hierfür) geregelt und kann unter den unentgeltlichen Verfügungen des § 32 auch schon deshalb nicht verstanden sein, weil andernfalls der Nachweis der Gutgläubigkeit nach § 37 Abs. 2 immer eine, wenngleich geringere Haftbarkeit zur Folge haben müßte, wogegen nach § 30 Nr. 2 die Haftbarkeit durch Gutgläubigkeit ganz ausgeschlossen sein soll. RG. 6, 85; 9, 103; 9. Febr. 1883 in Wallm. D. Jur.Z. 8, 545 (Wengler's Arch. 4, 23); Busch 6, 110. Abw. Grützmann S. 191. Aus gleichen Gründen ist auch die vorzeitige Tilgung einer noch nicht fälligen Schuld nicht eine unentgeltliche Verfügung im Sinne des § 32, RG. 10. Jan. 1888, J.W. S. 103. — Wird für die Uebernahme von Wechselverpflichtungen die Unentgeltlichkeit behauptet, so muß der Anfechtende sie beweisen, da man aus dem Wechsel selbst den Grund nicht ersehen kann. — Verfügungen, die theilweise entgeltlich, theilweise unentgeltlich sind, negotia mixta, sind anfechtbar, soweit sie unentgeltlich sind, also behufs der Rückforderung der unentgeltlichen Leistung, sofern sie nicht als nur scheinbar entgeltliche vollständig anfechtbar sind; RG. 29, 265; Cosack S. 141 ff, so nach der Definition des § 516 B.G.B. Auch bei wechselseitigen Schenkungen ist die Schenkung des G.Schuldners anfechtbar, doch ist zu prüfen, ob nicht die eine als Ersatz der anderen bedungen ist. Die Gewährung einer Ausstattung durch den dazu Verpflichteten ist keine unentgeltliche Verfügung, wohl aber die Ausstattung durch einen Nichtverpflichteten. RG. 18. Apr. 1895, J.W. 301; O.L.G. Carlsruhe in Wallm. D.Jur.Z. 8, 228; Cosack S. 151. — Die Anerkennung der von einem Minderjährigen kontrahirten Schuld nach erreichter Großjährigkeit (vgl. Strieth. 33, 56) und die Zahlung einer nicht klagbaren Forderung sind an sich nicht Schenkungen, können indeß durch die konkreten Umstände den Charakter einer unentgeltlichen Verfügung gewinnen. — Die Zusicherung von Vortheilen gegen die Verpflichtung zur Ehelichung einer bestimmten Person wird mit RG. 17, 252, Strieth. 49, 333 mit Recht nicht zu den freigebigen Verfügungen gerechnet. Vgl. auch die besondere Bestimmung über Forderungen aus einer Freigebigkeit in § 63 Nr. 4 und Anm. zu § 68. Die freiwillige Erfüllung einer fremden Schuld ist eine unentgeltliche Verfügung: gegen den Schuldner, wenn nicht beabsichtigt war, die Forderung

Digitized by Google

für den Erfüllenden zu erwerben und gegen den Gläubiger, wenn dieser von dem Schuldner wegen dessen Mittellosigkeit oder aus rechtlichen Gründen Zahlung nicht erwarten konnte, RG. 38, 6.

Sofern Schenkungen durch Widerruf hinfällig werden, bedarf es der Anfechtung nicht; doch ist dem Verwalter ein rein persönliches Recht zum Widerruf (z. B. wegen Undanks und wegen Verarmung) versagt. Indeß dem Zwecke des § 32 gemäß schützt die gesetzliche Unwiderruflichkeit nicht vor der Anfechtung; ebenso nicht die gerichtliche oder behördliche Bestätigung von Liberalitätsakten. Vgl. RG. 5, 138: Errichtung einer Familienstiftung.

4) Wegen der **Fristen** auch zu Nr. 2 f. Anm. 12 zu § 31.

5) Was als **gebräuchliches Gelegenheitsgeschenk** von der Anfechtung aus § 32 Nr. 1 ausgeschlossen ist, ist sowohl hinsichtlich der Veranlassung („Gelegenheit") als der Höhe nach den für die jedesmaligen Gesellschaftskreise, Verkehrs- und Vermögensverhältnisse zutreffenden allgemeinen, lokalen und Familien-Gebräuchen zu beurtheilen. Hierzu werden in solcher Höhe auch die aus einer sittlichen oder Anstandspflicht sich ergebenden Geschenke und die im B.G.B. nicht besonders geregelten sogen. remuneratorischen Schenkungen gehören.

6) Zu Nr. 2. Die Anfechtung von **unentgeltlichen Verfügungen unter Ehegatten** ist gemäß dem schon in § 31 enthaltenen Grundsatze, die Ehegatten bezüglich einer Benachtheiligung des K.Gläubigers für verdächtige Personen zu erklären, dahin verschärft, daß ihr auch die bis zu zwei Jahren vor der K.Eröffnung liegenden Verfügungen unterworfen sein sollen. Es ist darüber zu bemerken:

Es gilt zunächst von ihnen Alles, was in Anm. 2 und 3 von den unentgeltlichen Verfügungen zu Nr. 1 bemerkt ist. Dies gilt auch von Eheverträgen, für die nach den in Anm. 3 aufgestellten Grundsätzen zu beurtheilen ist, ob und wieweit sie unentgeltliche Verfügungen enthalten. Ob die Kontrahenten oder Betheiligten schon zur Zeit des Vertrages oder der Verfügung Eheleute waren, ist hier gleichgültig, und auch die vor der Ehe getroffenen Verfügungen sind anfechtbar; dem Zwecke des § 32, den lukrativen Erwerb des Ehegatten zu treffen, entspricht es hier, wenn nur die Eheschließung der Verfügung nachfolgte, d. h. die Betheiligten müssen vor der Anfechtung Ehegatten geworden sein. Die frühere Fassung des Entw.: „nach geschlossener Ehe" ist gestrichen. Hartmann S. 129; Völderndorff 1, 365. A.M. Cosack S. 146; Kranichfeld S. 31; Jaeckel S. 126; Petersen-Kleinfeller Anm. II, 8; Sarwey-Bossert Anm. 5; Jäger Anm. 18. Demgemäß kann auch der vor der Ehe geschlossene Ehevertrag nach § 32 Nr. 2 anfechtbar sein, so die nicht seltenen Uebertragungen des Vermögens des Mannes an die künftige Frau in der Form des Anerkenntnisses ihres Eigenthums daran. Die gesetzlich potestative Wahl des ehelichen Güterrechts ist keine unentgeltliche Verfügung; auch die Eingehung der Gütergemeinschaft hat nicht den Charakter einer Zuwendung, da sie nicht nur das Aktivvermögen, sondern auch die Schulden, gegenwärtige und künftige umfaßt. Dagegen kann die Umwandlung der bestehenden Gütergemeinschaft in die Gütertrennung, durch die die Ehefrau in einem Konkurse aussonderungsberechtigt wird (§§ 1426 ff. B.G.B.), eine unentgeltliche Zuwendung darstellen. Auch eine Morgengabe ist als unentgeltliche Verfügung anfechtbar, soweit sie nicht durch eine Gegenleistung Theil eines entgeltlichen Vertrages ist. R.O.H. 21, 297. —

7) Abweichend von Nr. 1 sind **die gebräuchlichen Gelegenheitsgeschenke unter Ehegatten** (Anm. 5) nicht von der Anfechtung ausgeschlossen, ohne daß die Motive diese Abweichung erwähnen. Da indeß die Abweichung im Gesetz besteht, und für die Anfechtbarkeit unter Eheleuten nur Nr. 2 sedes materiae ist, kann sie nicht fortinterpretirt werden. Eine Folgerung aus der Gleichheit des Grundes mit Nr. 1 verbietet sich zufolge der gerade gegen den Erwerb und die Vermögens-Entziehungen von Eheleuten mit Schärfe sich wendenden Tendenz der K.O. (vgl. Anm. 1 zu § 37) und der Singularität der Vorschrift zu Nr. 2. Otto S. 135; Sarwey-Bossert Anm. 5; Korn S. 106; Völderndorff 1, 366; Kranichfeld S. 32. — A.M. Fuchs S. 53; Mandry S. 471; Fitting § 16 Anm. 12; Stieglitz

Digitized by Google

Anm. IV.; Jaeckel S. 125; Cosack S. 147; Wengler S. 226; Hartmann S. 130; Ecclus I, 114 Anm. 44; Petersen-Kleinfeller Anm. II, 8; Jäger Anm. 17.

8) Die vor mehr als zwei Jahren vor der K.Eröffnung erfolgten unentgeltlichen Verfügungen sind auch hinsichtlich der Anwendung des § 45 unanfechtbar, da hierfür § 32 sedes materiae ist.

9) Auch das **Versprechen der Leistung an einen Dritten** (§§ 328 ff. B.G.B.) kann eine unentgeltliche Verfügung enthalten und zwar besonders eine des Versprechensempfängers, in dessen Konkurse sie dann gemäß § 32 anfechtbar ist. In Betracht kommen namentlich: Schenkung mit der Auflage der Leistung an einen Dritten §§ 525 ff. B.G.B., Leibrentenvertrag §§ 759 ff. B.G.B., soweit dabei Leistungen an eine dritte Person ausbedungen werden, Gutsübernahmevertrag Art. 96 EG. z. B.G.B. und als Versprechen einer Zuwendung, die nach dem Tode des Versprechensempfängers bewirkt werden soll, der Lebensversicherungsvertrag. Hierüber ist ohne Beschränkung auf die Anfechtung aus § 32 zu sagen: (vgl. hierzu Hellweg, Die Verträge auf Leistung an Dritte §§ 56 u. 57)

I. Die Anfechtung kann im Konkurse des Versprechensempfängers erfolgen

1) gegenüber dem Versprechenden, sobald die Leistung an den Dritten vertraglich ausgemacht war, ohne Besonderheiten;

2) gegenüber den Dritten und zwar,

a) wenn die Leistung an ihn durch Vertrag mit ihm ausbedungen war, in Ansehung dieses Vertrags, je nachdem dafür die Voraussetzungen eines der Anfechtungsfälle der K.O. vorliegen;

b) wenn sie nicht vorher vertraglich bedungen war, in Ansehung der Leistung selbst, oder des Anspruchs auf die Leistung, sobald diese ein unwiderrufliches Recht des Dritten geworden ist, ebenfalls aus den Gründen der §§ 30—32. War der dritte Berechtigte zur Zeit der K.Eröffnung noch nicht oder nicht unwiderruflich bestimmt, so ist im ersten Falle nach dem Grundsatz des § 15 ein Rechtserwerb nicht mehr möglich, im zweiten der Widerruf durch den K.Verwalter zulässig, in beiden Fällen also für die Anfechtung kein Raum.

II. Das Bedenken, daß bei einem zu Gunsten eines Dritten geschlossenen Leibrenten- oder Lebensversicherungsvertrag im Konkurse des Versprechensempfängers eine Anfechtung gegenüber dem Dritten deshalb nicht zulässig sei, weil die Leistung nicht aus dem Vermögen des Versprechensempfängers (auch nicht durch Rechtsnachfolge), sondern aus dem des Versprechenden an den Dritten gelange, kann nicht getheilt werden. Anfechtbar ist, unter den Voraussetzungen der §§ 30—32, daß der Versprechensempfänger durch Vertrag einen Anspruch für einen Dritten begründet; dieser Anspruch oder die zu seiner Befriedigung erfolgte Leistung ist dem Vermögen des Versprechensempfängers entzogen, vgl. Jäger Anm. 28 zu § 32. A.M. Petersen-Kleinfeller, Anm. 6 zu § 32. Daraus folgt auch, daß von dem Dritten nicht etwa die zur Begründung des Anspruchs gemachten Leistungen, die Prämien, zurückgefordert werden können.

III. Im Falle des Abschlusses einer Lebensversicherung auf den Todesfall zu Gunsten eines Dritten erwirbt der Dritte, falls die Versicherung nicht auf Grund vertraglicher Abmachung zwischen dem Dritten und dem Versicherten genommen ist, die Leistung erst mit dem Todesfalle (§ 331 B.G.B.). Hier ist nach den oben unter I. 2 b ausgesprochenen Grundsätzen eine Anfechtung nur im Nachlaßkonkurs möglich. Für die Fristberechnung gemäß § 32 ist der Zeitpunkt des Erwerbes durch den Dritten also der Tod des Erblassers entscheidend. Vgl. Hellweg § 57.

10) **Der frühere** Abs. 2 des § 32 hatte noch folgende Fortsetzung

> sowie eine innerhalb dieses Zeitraums von ihm (dem G.Schuldner) bewirkte Sicherstellung oder Rückgewähr eines Heirathsguts oder des gesetzlich in seine Verwaltung gekommenen Vermögens seiner Ehefrau, sofern er nicht zu der Sicherstellung oder Rückgewähr durch das Gesetz oder durch einen vor diesem Zeitraum geschlossenen Vertrag verpflichtet war.

Diese Bestimmungen sind für den seit 1. Januar 1900 bestehenden Rechtszustand nicht mehr zu halten gewesen. Nach §§ 1391, 1418 B.G.B. besteht ein gesetzliches Recht auf

Digitized by Google

Sicherstellung oder auf Aufhebung des Verwaltungs- und Nutznießungsrechts schon dann, wenn durch das Verhalten des Mannes die Besorgniß begründet wird, daß die Rechte der Frau in einer das eingebrachte Gut in erheblicher Weise gefährdenden Weise verletzt werden. Die Rückgewähr oder Sicherstellung würde dann der Anfechtung entzogen sein. Demgegenüber können Rechtshandlungen, die der G.Schuldner, so lange er noch in guter Vermögenslage war, in Bezug auf Rückgewähr oder Sicherstellung des Heirathsgutes vorgenommen hat, nicht mehr für anfechtbar erklärt werden. Und nach § 1 K.O. gehört die eheliche Nutznießung überhaupt nicht mehr zur Konkursmasse. Vgl. Mot. zu K.O.N. S. 33 f. Die Bestimmung ist deshalb gestrichen. Nach geltendem Recht ist also die Sicherung oder Rückgewähr von Heirathsgut und Eingebrachtem nur soweit der Anfechtung unterworfen, als sie sich objektiv als eine Schenkung darstellt (§ 32, vgl. Anm. 6) oder als sie mit der Absicht der Benachtheiligung der Gläubiger (§ 31) geschehen ist.

11) Nach der **Uebergangsbestimmung** des Art. V des Einf.Ges. zur Nov. d. K.O. ist ein vor dem Inkrafttreten der Novelle eröffnetes K.Verfahren nach den bisherigen Gesetzen zu erledigen. Danach ist in einem solchen K.Verfahren die Anfechtung nach § 25 Nr. 2 Satz 2 alter Fassung noch zulässig. Vgl. Anm. 21 zu § 29. Dieser Fall wird aber jetzt, nachdem die einjährige Verjährungsfrist des § 34 alter Fassung für Klage und Einrede längst verstrichen ist, nur noch in schon anhängigen Prozessen Erörterung finden können.

Ebenso sollen gemäß Artikel VI E.G. zu K.O.N. und Art. 200 E.G. z. B.G.B., da für den Güterstand der zur Zeit des Inkrafttretens des B.G.B. bestehenden Ehen das Landesrecht in Anwendung bleibt, für alle sich aus ihm ergebenden Rechtsverhältnisse die Vorschriften des vor 1900 geltenden Konkursrechtes, also auch die Anfechtung aus § 25 Nr. 2 Satz 2 alter Fassung im Allgemeinin maßgebend bleiben. Die Landesgesetzgebung aber kann nach Art. VI letzter Satz die Vorschriften des neuen Konkursrechtes für anwendbar erklären. Dies haben im Wesentlichen nur Württemberg und Baden nicht gethan. Vgl. Anm. 25 zu § 1.

Auch mit Rücksicht hierauf dürfte sich eine Erörterung des früheren Rechtszustandes erübrigen.

§ 33. (26.)

Rechtshandlungen, welche früher als sechs Monate vor der Eröffnung des Verfahrens erfolgt sind, können aus dem Grunde einer Kenntniß der Zahlungseinstellung nicht angefochten werden.

E. I. 32. P. 122 Abs. 5.

1. Anwendungsgebiet des § 33.
2. Sechsmonatfrist.
3. Einfluß des § 33 auf die Zeit der Zahlungseinstellung.

1) **Das Anwendungsgebiet** des § 33, der zur Verminderung der Unsicherheit des Verkehrs erlassen worden, Mot. 139, ist beschränkt auf Rechtshandlungen, die nach einer Zahlungseinstellung erfolgt sind und gemäß § 30 Nr. 1 oder § 30 Nr. 2 angefochten werden. Auch die Anfechtung aus § 30 Nr. 2 beruht auf der präsumirten Kenntniß der Zahlungseinstellung, Anm. 10 zu § 30, RG. 25, 86. Die nach einem Antrage auf K.Eröffnung oder binnen 10 Tagen davor erfolgten Rechtshandlungen, die als solche ohne Rücksicht auf eine Zahlungseinstellung nach § 30 angefochten werden, unterliegen nicht einer Anfechtung auf Grund einer Kenntniß der Zahlungseinstellung, und sind deshalb vom § 33 nicht betroffen; wenngleich sie nach der Entstehungsgeschichte, vgl. E. I, § 32 u. Mot. dazu S. 178, 179 u. Mot. zu E. § 33, anscheinend mit betroffen werden sollten so ist dies nach der deutlichen Gesetzesfassung für ausgeschlossen zu erachten. Ebenso sind im § 33 die, nach § 30 Nr. 2 anfechtbaren, binnen 10 Tagen vor einer Zahlungseinstellung erfolgten Rechtshandlungen nicht einbegriffen, für die eine präsumtive Kenntniß der (späteren) Zahlungseinstellung nicht in Betracht kommt, vgl. Anm. 10 zu § 30. Vgl. Petersen-Kleinfeller Anm. 2. Jäger Anm. 4. Für alle Fälle des § 30 Nr. 2 lehnen die Anwendung des § 33 ab: Cosack S. 205; Endemann S. 257; Francke, Busch 4, 517;

Digitized by Google

Grützmann S. 144 ff. — Entsprechend ist § 33 in den Fällen der §§ 34, 50, 55 Nr. 3, 56 anwendbar, wenn dabei eine Zahlungseinstellung als Grund in Betracht kommt.

2) **Die Frist der sechs Monate ist eine materiell-rechtliche Frist**, nicht eine Verjährungs- oder Ausschlußfrist (§ 41). Es handelt sich nicht um den Verlust eines schon entstandenen Rechts durch Nichtgebrauch, das Anfechtungsrecht wird vielmehr für die früheren Rechtshandlungen überhaupt nicht begründet. Die Vorschrift ist auch nicht eine prozessualische Frist. RG. 17, 329; vgl. 27, 287. Für die Fristberechnung ist daher die C.P.O. weder direkt, noch (mit Völderndorff 1, 373) analog anzuwenden, sondern das bürgerliche Gesetzbuch §§ 186 ff. Darnach ist von Monat zu Monat, ohne Berücksichtigung eines dazwischen fallenden Schalttages zu rechnen und ohne Verlängerung nach C.P. § 222 Abs. 2, wenn der letzte Tag ein Sonntag oder Feiertag ist; RG. 17, 329; fehlt der entsprechende Tag im letzten Monat, so tritt dafür der letzte Tag dieses Monats ein. Ist der Konkurs am 31. August eröffnet, so ist nur eine nicht vor dem 28. Februar (im Schaltjahre 29. Febr.) vorgenommene Handlung anfechtbar. Windscheid § 103 Nr. 2c. Dernburg 1, § 70. Wechs.Ordn. § 32 Nr. 2. Ob der letzte Tag ein Sonntag oder ein Feiertag ist, macht keinen Unterschied; eine solche Ausdehnung der Frist würde eine positive Gesetzesvorschrift voraussetzen, zumal die Frist nach dem objektiven Momente, wann die anfechtbare Rechtshandlung erfolgt war, und nicht nach dem subjektiven Rechte, wann die Anfechtung erfolgen muß, bestimmt ist. Stieglitz S. 162, 163; Otto S. 122. Vgl. Anm. 12 zu § 31. § 193 B.G.B. kann auf die K.Eröffnung keine Anwendung finden. Bei zeitlicher Trennung der Akte der Rechtshandlung ist diese erst mit dem letzten Akte erfolgt. Hat jedoch eine Benachrichtigung auf Grund des § 845 C.P.O. unter rechtzeitiger nachträglicher Pfändung stattgefunden, so ist die anfechtbare Rechtshandlung als am Tage der Benachrichtigung erfolgt anzusehen, RG. 17, 331; auch ist, wenn zur rechtsgeschäftlichen Begründung des den Inhalt der anfechtbaren Rechtshandlung bildenden Rechts die Eintragung erforderlich ist, gemäß § 892 B.G.B. die Rechtshandlung gegen die hier erwähnte Anfechtung geschützt, wenn nur Einigung und Eintragung vor Beginn der Sechsmonat-Frist erfolgt sind. Vgl. Anm. 13 zu § 30.

3) **Ein Einfluß** auf die Bestimmung der **Zahlungseinstellungszeit** soll durch den § 33 nicht ausgeübt werden. § 33 versagt nur die Anfechtung von Rechtshandlungen, die früher als sechs Monate vor der K.Eröffnung vorgenommen sind, er hindert nicht, daß die Zahlungseinstellung für einen früheren Zeitpunkt festgestellt werden kann. RG. 6, 110; Cosack S. 179 ff.; A.M. RG. 25, 87; Petersen-Kleinfeller § 26 Anm. 1; Sarwey-Bossert Anm. 1, die sich unzutreffend auf Motiv II. S. 138 berufen, vgl. dazu Jäger Anm. 1.

§ 34. (27.)

Wechselzahlungen des Gemeinschuldners können auf Grund des § 30 Nr. 1 von dem Empfänger nicht zurückgefordert werden, wenn nach Wechselrecht der Empfänger bei Verlust des Wechselanspruchs gegen andere Wechselverpflichtete zur Annahme der Zahlung verbunden war.

Die gezahlte Wechselsumme muß von dem letzten Wechselregreßschuldner oder, falls derselbe den Wechsel für Rechnung eines Dritten begeben hatte, von diesem erstattet werden, wenn dem letzten Wechselregreßschuldner oder dem Dritten zu der Zeit, als er den Wechsel begab oder begeben ließ, einer der im § 30 Nr. 1 erwähnten Umstände bekannt war.

E. 1. 33. P. 100 Abs. 2. 3.

1. Einfluß des Wechselrechts.
2. Wechselzahlungen.
3. Ausschluß der Anfechtung nach § 30 Nr. 1 bei Abs. 1.
4. Voraussetzungen des Ausschlusses
   a) Verpflichtung zur Annahme der Zahlung.
   b) Verlust des Wechselanspruchs
5. Inkasso-Giro.
6. Bestimmung des Abs. 2.
7. Abs. 1 Voraussetzung des Abs. 2.
8. Wechselbegebung für Rechnung eines Dritten.
9. Anfechtung nach § 30 Nr. 1 bei Abs. 2
10. Zeitpunkt der Begebung.

Digitized by Google

1) Im § 34 macht sich der **Einfluß des Wechselrechts** geltend. Die W.O. knüpft in bestimmten Fällen (Art. 41, 43, 62, 98, 99) an die Ablehnung einer angebotenen Zahlung den Verlust des Anspruchs gegen andere Wechselverpflichtete, in der Weise, daß der Anspruch von der Erhebung des Protestes Mangels Zahlung abhängig gemacht ist, dieser aber nicht erhoben werden kann, weil der Wechselschuldner — also auch der als insolvent bereits bekannte nachmalige G.Schuldner als Wechselschuldner — dem Inhaber Zahlung anbietet. Wenn unter solchen Umständen gegen den Inhaber, der von dem G.Schuldner Zahlung genommen hat, der § 30 Nr. 1 anwendbar wäre, so würde dieser nicht bloß die ihm vom G.Schuldner gegebene Zahlung zur Masse herausgeben müssen, sondern auch den Regreß gegen die Vormänner verloren haben, den er sich auch durch Ablehnung der Zahlung nicht erhalten konnte. Aus diesem Grunde ist für solche Fälle die Anwendbarkeit des § 30 Nr. 1 ausgeschlossen. Vgl. die Polemik von Cosack S. 338 ff. de lega ferenda.

2) Die Vorschrift betrifft nur „**Wechselzahlungen**" des G.Schuldners", d. h. Zahlungsleistung auf einen Wechsel durch den G.Schuldner, ohne Rücksicht darauf, ob dieser zur Zahlung bereits wechselmäßig verpflichtet war oder (z. B. als Trassat, der noch nicht acceptirt hat, als Domiziliat oder Intervenient) nicht Wechselverpflichteter war. Cosack S. 343. Unberührt bleibt also das Eingehen von Wechselverbindlichkeiten, unberührt auch die Tilgung von Wechselverbindlichkeiten auf andere Weise als durch Zahlung, eine Hingabe an Zahlungsstatt, besonders von neuen oder Prolongationswechseln.

3) **Ausgeschlossen ist nur die Anfechtung nach § 30 Nr. 1,** also nur die Anfechtung, die sich auf die Kenntniß der Zahlungseinstellung oder des Eröffnungsantrags stützt. Die anderen Anfechtungsgründe (§ 30 Nr. 2, §§ 31, 32) bleiben unberührt. Vgl. auch Anm. 4.

4) **Voraussetzungen des Ausschlusses** der Anfechtung nach § 30 Nr. 1 sind, daß nach Wechselrecht a) der Empfänger der Zahlung zu deren Annahme verbunden war und zugleich b) im Falle der Nichtannahme seinen Wechselanspruch gegen andere Wechselverpflichtete verlieren würde.

Zu a: **Nur zur Annahme der Zahlung** auf einen fälligen Wechsel, nicht zu vorzeitiger Annahme oder der Annahme an Zahlungsstatt ist der Wechselinhaber verbunden. A.M. Endemann S. 249. Indeß auch hier, wie hinsichtlich der Anfechtbarkeit auf § 30 Nr. 2 fällt die Annahme von Werthmitteln, die dem baaren Gelde handelsgebräuchlich gleich gelten (Reichskassenscheine, Reichsbanknoten u. s. w.), unter den Begriff der Zahlung.

Zu b: Der **Verlust des Wechselanspruchs** kann nicht eintreten, wenn keine anderen Wechselverpflichteten dem Inhaber gegenüber vorhanden sind, als nur der G.Schuldner, wenn also z. B. Letzterer einen trockenen Wechsel für den Zahlungsempfänger als ersten Inhaber ausgestellt, oder einen von diesem auf ihn gezogenen an dessen Order zahlbaren Wechsel acceptirt hatte; ebenso alsdann nicht, wenn der G.Schuldner als Aussteller eines gezogenen oder als Indossant eines gezogenen oder eigenen Wechsels den Wechsel eingelöst hatte, weil dann der Inhaber, von dem er ihn einlöste, auch bei Ablehnung der Annahme sein Regreßrecht nicht verlor, sondern an den Hauptwechselschuldner, den Acceptanten des gezogenen oder den Aussteller des eigenen Wechsels, sowie an die anderen Wechselverpflichteten sich halten konnte. Mot. 143. Im Art. 48 W.O. ist die Folge eines Verlustes des Regresses im letzten Falle weder ausgesprochen, noch selbstverständlich. A.M. Völderndorff I. 382; Cosack S. 343. Das in der früheren Auflage dieses Buches gewählte Beispiel, daß ein Regreß an andere Vormänner durch deren Giro ohne Obligo wegfiele, war unzutreffend, da der Regreß des immer vorhandenen Ausstellers nicht ausgeschlossen werden kann, vgl. Jäger Anm. 9 und dort zit. —

Auch die Annahme einer Zahlung nach erfolgter Protesterhebung wird vom § 34 nicht betroffen. Sie hat den Verlust des Regresses nicht mehr zur Folge und hängt mit der hier zu lösenden Kollision nicht zusammen. Die Annahme nach dem Proteste ist daher nach § 30 Nr. 1 anfechtbar. — (Einschränkend Endemann S. 251.)

5) War der Wechsel **nur zur Einkassirung girirt,** so kommen für die Frage, ob der Inkasso-Indossatar oder sein Indossant einen Wechselanspruch gegen Andere haben oder

Digitized by Google

verlieren würden, beide nur als eine Person, der Indossatar mithin nur als Beauftragter in Betracht. Sowohl für das K.Feststellungsverfahren als mit Rücksicht auf die Motivirung des Abs. 2 § 34 (vgl. nachst. Anm. 6 ff. sind die dem Wechselbezuge zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse mit zu berücksichtigen. Der Inkasso-Indossatar stellt bei der Ablehnung der Zahlung, wenngleich nicht seinen Wechselanspruch, so doch den seines Machtgebers in Frage und sofern es sich, wie bei der ratio legis für § 34 beabsichtigt ist, um die rechtliche Stellung Beider zu Dritten handelt, so kommen die Erwägungen nicht in Betracht, aus welchen der Inkassomandatar die Anerkennung seines formalen Wechseleigenthums auch gegen Dritte verlangen kann. Vgl. R.O.H. 6, 44; 386 zu W.O. Art. 17. Der Mandatar ist im Sinne des § 34 Empfänger. Stieglitz S. 164, 165; Otto S. 71; Völderndorff 1, 383. Abw. Mot. 142 Abs. 2.

6) **Bestimmung des Abs.** 2 ist, die K.Masse vor einem Mißbrauche des Abs. 1 zu schützen. Wenn der G.Schuldner als Bezogener oder als Aussteller eines eigenen Wechsels dem dritten Wechselinhaber unanfechtbar gezahlt hatte, wenn also § 30 Nr. 1 gemäß § 34 Abs. 1 fortfällt, so ist dem letzten Wechselregreßschuldner, d. h. demjenigen, der gegen keinen Anderen, als gegen den G.Schuldner einen Regreß oder Wechselanspruch geltend machen konnte, die Wechselzahlung zu Gute gekommen. Durch Begebung des Wechsels erhielt er die vom G.Schuldner verschriebene Summe (oder bei früherer Diskontirung deren Werth) zwar nicht direkt vom G.Schuldner, aber so, daß seine Nachfolger sie vom G.Schuldner fordern konnten, und daß anderenfalls im Wege des Regresses er selbst einlösen mußte und seinerseits die Zahlung nur vom G.Schuldner einfordern konnte. Kannte er dessen Zahlungseinstellung oder den Eröffnungsantrag, so hätte er den Betrag nach § 30 Nr. 1 vom G.Schuldner wirksam nicht einziehen können; und wenn er dennoch den Wechselbetrag zufolge der Ausschließung des § 30 Nr. 1 behielte, so könnte er durch Begebung an Dritte die Absicht des Gesetzes umgehen. Deshalb ist für solche Fälle ihm die Erstattung der Wechselsumme zur K.Masse auferlegt; wogegen er nach § 39 dann in seine Wechselforderung (oder sonstige Forderung) gegen den G.Schuldner wieder eintritt. Es wird also zur Herstellung des Prinzips des § 30 Nr. 1 in diesem Falle gewissermaßen fingirt, es habe der G.Schuldner an den letzten Wechselregreßschuldner unmittelbar bezahlt. Mot. 140. Ein Gläubiger, der von der Zahlungseinstellung Kenntniß hatte, also gemäß § 30 Nr. 1 vom nachmaligen G.Schuldner nicht mehr hätte Zahlung annehmen dürfen, soll sich nicht mittelbar durch einen Dritten Zahlung verschaffen dürfen. Prot. 25. Vgl. Harburger in J.W. 1885 S. 388.

Unter der gezahlten Wechselsumme ist gemäß dieser Motivirung die vom G.Schuldner auf den Wechsel gezahlte Summe einschließlich der Protestkosten zu verstehen.

7) **Voraussetzung des Abs.** 2 ist, daß gegen den Zahlungsempfänger gemäß Abs. 1 die Anfechtung ausgeschlossen ist. Ist sie aus irgend einem anderen Grunde als den in § 30 Nr. 1 enthaltenen möglich, so ist für Abs. 2 kein Raum, vgl. **RG. 40**, 40. Dies folgt mit Nothwendigkeit aus dem Anm. 6 Gesagten.

8) **Ist der Wechsel für Rechnung eines Dritten begeben,** das heißt, ist der aus dem Wechsel sich formell als letzter Regreßschuldner Zeigende in der That nicht der, der durch die Begebung des Wechsels bereichert sein würde — und nur dieser soll durch die Erstattungspflicht des Abs. 1 getroffen werden —, so soll diese Pflicht gegen den Dritten begründet sein, der thatsächlich bereichert ist, und für den der Wechsel in Umlauf gesetzt ist. „Der Trassant kann im Auftrage und für Rechnung des Remittenten oder des ersten Indossatars gezogen haben. Der Name desjenigen, für den der Wechsel in Umlauf gesetzt ist, kann auch völlig auf dem Wechsel fehlen; er kann den Wechsel für sich durch einen Anderen haben ziehen und begeben lassen; auch durch Blanko-Giro kann der persönliche Gläubiger operiren." In diesen Fällen soll deshalb nicht der wechselmäßig letzte Regreßschuldner, sondern jener Dritte die Wechselzahlung erstatten. „Mit Hülfe des letzten Wechselregreßschuldners, der sich zu entlasten hat, wird man die Person des Verpflichteten leicht ermitteln. Der gemäß dem Wechsel letzte Regreßschuldner, welcher auf Grund des § 34 Abs. 2 in Anspruch genommen wird, kann als Einwand geltend machen, daß ein

Digitized by Google

solches Verhältniß: er habe den Wechsel für Rechnung eines Dritten begeben, vorliegt." Mot. 141. Dies ist indeß Sache eines von ihm aufzustellenden und also auch zu beweisenden Einwandes; nach der Fassung des Abs. 2 und der durch den Wechsel gebotenen Nothwendigkeit, sich an dessen Inhalt zu halten, ist die Rückforderung gegen den wechselmäßig letzten Wechselregreßnehmer die Regel und ein weiterer Rückgriff die dem Wechsel nicht anzusehende Ausnahme. Otto S. 72; Hullmann S. 152. Völderndorff I, 386. A.M. Cosack S. 346.

9) Soweit nach § 34 Abs. 2 eine Erstattungspflicht begründet ist, liegt eine **Anfechtung gemäß § 30 Nr. 1** mit der sich aus den §§ 33 u. 41 ergebenden Zeitschranke vor. Sie wird durch die inzwischen eingetretene Regreßverjährung nicht ausgeschlossen. Mot. 143.

10) Der **Zeitpunkt der Begebung** ist allein entscheidend, weil nur durch die Begebung der Gläubiger das Geld erheben konnte. „Begeben heißt nicht bloß „indossiren", sondern bedeutet allgemein Uebertragung und Uebergabe des Wechsels; auch der Aussteller, der ihn dem Remittenten hingiebt, begiebt den Wechsel." Mot. 141.

§ 35 (28).

Die Anfechtung wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß für die anzufechtende Rechtshandlung ein vollstreckbarer Schuldtitel erlangt, oder daß dieselbe durch Zwangsvollstreckung oder durch Vollziehung eines Arrestes erwirkt worden ist.

E. I. 34. P. 104.

1. Anzufechtende Rechtshandlungen.
2. Erlangung eines vollstreckb. Schuldtitels für die Rechtshandlung.
3. Gegenstand der Anfechtung
   a. bei Vergleichen und vollstreckbaren Urkunden,
   b. bei vollstreckbaren Urtheilen,
   c. bei fraudulosem Verhalten während des Rechtsstreits,
   d. bei anfechtbaren Zwangsvollstreckungs- und Arrestvollziehungshandlungen.
4. Vollstreckungsrecht kein materielles Recht gegen die Anfechtung.
5. Prozessuale Bedeutung des Vollstreckungstitels.
6. Erwirkung der Rechtshandlung durch Z.Vollstreckung oder Arrest.

1) **Die anzufechtenden Rechtshandlungen** sind die in den §§ 30—32 bezeichneten; also für die §§ 31, 32 und für § 30 Nr. 1 Satz 1 die Rechtshandlung des G.Schuldners; ferner für § 30 Nr. 2 und für § 30 Nr. 1 Satz 2 die Rechtshandlung, durch die dem Gläubiger Sicherung oder Befriedigung gewährt wird, ohne Rücksicht darauf, ob eine Handlung des G.Schuldners oder, wie bei Pfändungen, die Handlung eines Dritten in Frage steht oder ob dabei eine Handlung des G.Schuldners konkurrirt. Für die anfechtbaren Zwangsvollstreckungs- und Arrestvollziehungshandlungen ist nicht noch *neben* ihnen eine andere Rechtshandlung zur Anwendung des § 35 vorausgesetzt. Die *Pfändung* selbst kann nach Anm. 21, 25 zu § 30 die anzufechtende Rechtshandlung sein; für die Pfändung muß ein vollstreckbarer Schuldtitel erlangt sein, und sie wird auch *durch* Zwangsvollstreckung und Arrestvollziehung erwirkt. In beiden Beziehungen liegen also die Momente vor, durch die die Anfechtung nach § 35 nicht ausgeschlossen sein soll. Daß der § 35, während § 30 absichtlich auch solche Rechtshandlungen umfassen soll, hinsichtlich der Anfechtungen aus § 30 Pfändungen nicht als anzufechtende Rechtshandlungen ansehen sollte, ist nicht begründet und widerspricht den Mot. 119, 120, 143. Vgl. **RG 10**, 33 (verein. Civils.) und **RG.** (5. Sen.) 19. April 1882, Raff.K. **26**, 835 und J.W. 164. Auf diese Vollstreckungshandlungen finden sonach beide Sätze des § 35 Anwendung, abgesehen von der Bedeutung, welche die beiden Sätze des § 35 in anderen Fällen als in denjenigen einer ohne Konkurrenz des G.Schuldners erfolgenden Rechtshandlung im Sinne des § 30 Nr. 1 Satz 2 und Nr. 2 haben. In diesen *anderen* Fällen ist allerdings § 35 nur anwendbar, wenn für die anzufechtende Rechtshandlung des *G.Schuldners* ein vollstreckbarer Schuldtitel erlangt ist oder eine solche Handlung durch Vollstreckung oder Arrest erwirkt ist.

2) **Ein vollstreckbarer Schuldtitel**, der „für die anzufechtende Rechtshandlung erlangt" ist, *hat nicht die Wirkung, die Anfechtung auszuschließen*. Der Grundsatz gilt für alle vollstreckbaren Schuldtitel: rechtskräftige oder vorläufig vollstreckbare Ur-

Digitized by Google

theile, C.P.O. §§ 704, 794, 801, 928, 936, ohne Unterschied, ob eine Entscheidung nur vorläufig vollstreckbar oder rechtskräftig ist. Eine Rechtshandlung, die an sich anfechtbar wäre, wenn sie durch keinen vollstreckbaren Titel unterstützt wäre, bleibt auch dann, wenn sie durch einen solchen unterstützt wird, hinsichtlich der Anfechtung den K.Gläubigern gegenüber ebenso unwirksam, wie wenn der vollstreckbare Schuldtitel nicht vorhanden wäre. Der vollstreckbare Schuldtitel bleibt ebenso, wie die Rechtshandlung selbst, an sich gültig und unter den Betheiligten oder gegenüber dem G.Schuldner wirksam. Er steht nur der Geltendmachung des Anfechtungsrechts für die Gläubiger nicht entgegen. Anm. 11 zu § 29. RG. 29. April 1887, J.W. 234. Eine Vollstreckung des Urtheils diesen gegenüber „wäre gerichtliche Hilfsvollstreckung einer Rechtsverletzung".

3) **Gegenstand der Anfechtung** sollen indeß nur die gesetzlich anfechtbaren Rechtshandlungen sein. § 35: „anzufechtende Rechtshandlung". Mot. 119—121, 132, 143. Durch deren Anfechtung wird nach dem Maße ihrer Begründung zugleich die Wirksamkeit des dafür erlangten Titels beseitigt. Der Vollstreckungstitel wirkt nicht gegen die Gläubiger, so daß zur Erzielung der Anfechtungswirkung nicht eine direkte Beseitigung des Titels nöthig ist. Daß unter Umständen der Vollstreckungstitel, z. B. eine vom G.Schuldner ausgestellte vollstreckbare Urkunde selbst die anzufechtende Rechtshandlung sein kann, also diese und der Titel zusammenfallen, ändert hierin nichts für die Fälle, wo eine anfechtbare Rechtshandlung und der Titel dafür nicht identisch sind. Vgl. Otto S. 87: Bölderndorff I, 390 ff.; Endemann S. 237—241. Doch kann in jedem Falle, da der vollstreckbare Titel und der Ausschluß weiterer Vertheidigung in weiterem Sinne zu dem gehört, was aus dem Vermögen des G.Schuldners durch die anfechtbare Rechtshandlung weggegeben ist, auch die beschränkte Ungültigkeitserklärung des Titels als Zurückgewährung des Weggegebenen verlangt werden. — Zu welcher Zeit der Schuldtitel erlangt ist, ob gleichzeitig mit der Rechtshandlung, oder vor oder nach ihr, begründet nach § 35 für die Unwirksamkeit hinsichtlich der Anfechtung keinen Unterschied. — Aus diesen Grundsätzen ergeben sich die Folgerungen für die verschiedenen Klassen anfechtbarer Handlungen ihrem vollstreckbaren Schuldtitel gegenüber:

a. Die in C.P.O. § 794 Nr. 1, 2, 5 bezeichneten **Vergleiche und vollstreckbaren Schuldurkunden,** ebenso preuß. schiedsmännische Vergleiche, § 801, Schiedsm.O. vom 28. März 1879 § 32, enthalten bei ihrer Entstehung zugleich den vollstreckbaren Schuldtitel. Anzufechten ist die Abschließung des Vergleichs oder die Feststellung und Normirung des Anspruchs in der exekutorischen Urkunde nach §§ 30—32, wie wenn Vergleich oder Feststellung ohne vollstreckbaren Titel erfolgt wären.

b. Ist eine anfechtbare Rechtshandlung des G.Schuldners (Schuldverpflichtung ꝛc.) vorangegangen und nachher zu deren Realisation ein **vollstreckbares Urtheil** ꝛc., C.P.O. §§ 704, 794 Nr. 3, 4, 928 ergangen, so ist ebenfalls die Anfechtung gegen die Rechtshandlung zu richten.

c. Dasselbe gilt, wenn durch **fraudulöses Verhalten** des G.Schuldners **während des Rechtsstreits,** ausdrückliche oder durch Versäumniß begründete Anerkenntnisse oder Verzichte, C.P.O. §§ 306, 307, 330, 331, thatsächliche Geständnisse, §§ 138, 288, Unterlassung des Widerspruchs im Mahnverfahren, §§ 694, 699, 700 oder durch sonstiges Verhalten behufs Erwirkung eines Urtheils, vgl. RG. 18, 134 ein vollstreckbarer Schuldtitel ermöglicht ist. Die Anfechtung richtet sich auch hier gegen die anfechtbare Handlung, doch wird grade hier die Feststellung von Bedeutung, daß der Schuldtitel den K.Gläubigern gegenüber unwirksam ist.

d. **Bei anfechtbaren Zwangsvollstreckungs- und Arrestvollziehungshandlungen** kommt nicht ein nachfolgender Vollstreckungstitel, wie zu c und b, oder ein gleichzeitig entstehender, wie zu a, in Betracht, sondern ein vorangegangener. Auch hier entscheidet die Zeit des Vollstreckungstitels nicht für oder gegen die Anwendung des § 35. Ob und welchen Einfluß diese Zeit auf die Zulässigkeit der Anfechtung hat, ist aus § 30 zu entscheiden, vgl. Anm. 33 f. zu § 30. Ist darnach die Anfechtung begründet, so ist sie durch keinen Vollstreckungstitel irgend einer Zeit zu beseitigen.

Digitized by Google

4) In allen diesen Fällen wird durch das aus dem vollstreckbaren Schuldtitel erwachsende **Vollstreckungsrecht** für den Anfechtungsgegner **kein materielles Recht** und keine Einrede mit der Wirkung begründet, daß eine für das Anfechtungsrecht wesentliche Streitfrage dadurch bereits rechtsverbindlich den Gläubigern gegenüber entschieden sei. Dies folgt aus dem Grundsatze, daß der Titel weder direkt noch indirekt die Wirkung hat, eine Anfechtung auszuschließen. Demnach ist der Anfechtende nicht an die im Vollstreckungstitel erfolgte Feststellung der Rechte gebunden. Er kann ein darin als lästiges Rechtsgeschäft (Kauf ꝛc.) festgestelltes Verhältniß als unentgeltliche Verfügung anfechten. Stieglitz S. 168; Völderndorff 1, 394; Petersen-Kleinfeller Anm. 3; Otto S. 87. Sarwey-Bossert Anm. 2. In gleicher Konsequenz kann, sofern die Handlung selbst nicht vor der kritischen Zeit erfolgt und dadurch der Anfechtung entzogen ist, der Anfechtungsgegner sich nicht darauf berufen, daß durch den Vollstreckungstitel bereits die Forderung als fällige festgestellt sei, oder daß er auf Grund des Titels Sicherung oder Befriedigung in der erfolgten Art und Zeit zu beanspruchen habe, § 30 Nr. 2. — Insoweit der Inhalt des Urtheils durch die Anfechtung nicht berührt wird, wirkt er auch den K.Gläubigern gegenüber, weil die Wirksamkeit nur bezüglich der Anfechtung beschränkt ist.

5) **In prozessualer Beziehung** hat dagegen allgemein (und zwar deshalb, weil bis zur Anfechtung und bis zur erfolgreichen Durchführung des Anfechtungsanspruches der Vollstreckungstitel seine formale Bedeutung hat und die Anfechtung (Anm. 15 zu § 29) nur durch die Thätigkeit der Rechtsbehelfe des Anfechtenden wirksam gemacht werden kann, der Vollstreckungstitel seinen Einfluß auf die Formen, in welchen der Verwalter den Anfechtungsanspruch zu verfolgen hat. Ist der Rechtsstreit, in dem der Vollstreckungstitel ergangen ist, noch anhängig, so kann der Verwalter, den Rechtsstreit als Vertreter des G.Schuldners fortsetzend, aufnehmend oder durch Rechtsmittel, Einspruch verfolgend, darin die Anfechtung geltend machen. Ist der Vollstreckungstitel ein rechtskräftiges Urtheil, ein Vergleich oder eine vollstreckbare Schuldurkunde, so ist der Verwalter zur Klage genöthigt, vgl. Anm. 15c, 16 zu § 29.

6) **Eine Rechtshandlung,** die nach §§ 30—32 (vom G.Schuldner vorgenommen oder nach § 30 Nr. 2 oder Nr. 1 Satz 2 ohne Rücksicht auf das Zuthun des G.Schuldners erfolgt) anfechtbar ist, ist auch dann anfechtbar, wenn sie **durch Zwangsvollstreckung oder durch Vollziehung eines Arrestes gegen den G.Schuldner erwirkt** worden ist. Nicht bloß dem Einwand der Rechtmäßigkeit aus einem erlangten vollstreckbaren Schuldtitel, sondern auch dem Einwande des Zwangs wird die Wirkung auf die Anfechtung versagt; der Anfechtung kann nicht entgegengesetzt werden, die Rechtshandlung sei keine freiwillige, sondern durch Zwangsvollstreckung oder Arrest erzwungen. Der für die alte preußische Konkursordnung von 1855 vom Obertribunal hinsichtlich der Beitreibung durch Exekution und hinsichtlich des Arrestes aufgestellte entgegengesetzte Grundsatz (Obtr. 38, 407, 427; 51, 416, Strieth. 28, 197; 49, 293) ist hierdurch beseitigt. Der Vorschrift der P. § 104, daß der Anfechtung das Hinzutreten eines vollstreckbaren Schuldtitels nicht entgegenstehe, ist deshalb im § 35 hinzugefügt, daß die Anfechtung auch bei Erwirkung durch Zwangsvollstreckung oder Arrest nicht ausgeschlossen wird. Welches die anzufechtende Rechtshandlung ist oder sein kann, ist auch hier nach den §§ 30—32 festzustellen. Es bleibt zumal mit Rücksicht auf die Zeit, wann die anfechtbare Handlung erfolgt, sowie auf die Wirkung der Rückgewähr dessen, was durch die „anfechtbare Handlung" entzogen ist (§ 37) von Wichtigkeit, auch hier festzuhalten, daß die anfechtbare Handlung nicht in der richterlichen Zulassung der Zwangsvollstreckung oder des Arrestes besteht, sowie auch nicht im Urtheile oder im sonstigen vollstreckbaren Schuldtitel, soweit dieser nicht sachlich selbst als die anfechtbare Rechtshandlung sich darstellt (Anm. 3), sondern in der, durch Exekution oder Arrest erwirkten Leistung oder Sicherung aus dem Vermögen des G.Schuldners.

§ 36 (29).

Das Anfechtungsrecht wird von dem Verwalter ausgeübt.

E. I. 36. P. 112.

Digitized by Google

1. Grund des Gesetzes.
2. Der Verwalter als Vertreter des G.Schuldners.
3. Der Verwalter als alleiniger Herr des Anfechtungsrechts.
4. Die Gläubiger als Nebenintervenienten.
5. Anfechtungsrecht der K.O. nach K.Beendigung.
6. Anfechtung außerhalb des K.Verfahrens während eines Konkurses.
7. Einfluß der K.Eröffnung auf schon vorher erhobene Anfechtungsansprüche.
8. Einfluß, wenn das Verfahren noch rechtshängig ist.
9. Prozessuale Wirkungen.
10. Einfluß, wenn der Gl. bereits einen Schuldtitel genommen hat.
11. Begriff der bereits erhobenen Ansprüche.
12. Hinweis auf § 7.

1) **Das Gesetz** hat den Verwalter zur Ausübung des Anfechtungsrechts bestimmt weil er zur Verwirklichung des Anspruchs der Gläubiger auf gemeinschaftliche Befriedigung die hierzu dienende K.Masse in Verwaltung zu nehmen und, soweit sie geschmälert ist, herzustellen hat. Ist eine Veräußerung gesetzlich anfechtbar, so gehört das fortgegebene Stück noch zur Befriedigungsmasse, auf die alle jetzigen unbefriedigten Gläubiger, auch die, die es erst nach der unrechtmäßigen Verringerung wurden, ein Recht haben, §§ 3, 6. Mot. 144, 145.

2) **Der Verwalter ist auch bei Anfechtungen als Vertreter des G.Schuldners,** wenngleich im Interesse der Gläubiger anzusehen, das ist schon in Vorb. 3h vor § 1 erörtert. Davon, ob und wie man ihn als Vertreter des G. Schuldners oder der Gläubiger oder beider ansieht, hängen bei der Verfolgung des Anfechtungsanspruches die Prozeßfolgen ab: die Zulässigkeit der Zuschiebung und Zurückschiebung von Eiden, C.P.O. §§ 473, 445, 448, die Vernehmung der Gläubiger oder des G.Schuldners als Zeugen (Nicht-Parteien) C.P.O. §§ 373, 393 Nr. 4, die Regulirung der formalen Prozeßrollen nach der K.Beendigung, die Formen der Anfechtung von Pfändungen C.P.O. §§ 767, 771, 802, andererseits auch die civilrechtlichen Fragen, ob und wieweit der Verwalter dem Anfechtungsgegner Einwendungen aus der Person des G.Schuldners oder bei Einklagung von Forderungen und Vermögensobjekten des G.Schuldners dem Gegner die Unwirksamkeit aus dem Anfechtungsrechte entgegensetzen kann.

3) **Nur der Verwalter kann das Anfechtungsrecht ausüben,** nicht einzelne Gläubiger, auch nicht sämmtliche einzelnen Gläubiger. Demnach kann auch eine angemeldete K.Forderung nicht von einem anderen Gläubiger aus dem Grunde der Anfechtung bestritten werden. Prot. 92. A.M. Mandry-Geib S. 552. Wegen der Form der Geltendmachung durch den Verwalter vgl. Anm. 14, wegen der Möglichkeit der Verwirklichung des Anfechtungsanspruches Anm. 15 zu § 29. Den Anspruch kann der Verwalter durch Eintreten als Nebenintervenient nicht geltend machen, da er als solcher nicht eigene Rechte, sondern nur die der unterstützten Partei geltend machen, und nur den Obsieg dieser unterstützen, nicht eine Rückgewähr zur Masse, § 37, erwirken kann. **RG. 10,** 388; **17,** 34, 411. Wegen der Mittel, den Verwalter zur Ausübung des Anfechtungsrechts anzuhalten vgl. §§ 83, 84; hinsichtlich der Genehmigung des Gläubigerausschusses vgl. §§ 131, 133, 134. Der Verzicht des Verwalters beseitigt das Anfechtungsrecht. Sein Verzicht auf die Ausübung kann auch durch konkludente Handlungen (unbedingtes Anerkenntniß einer an sich anfechtbaren Forderung) erklärt werden. **RG.** 15. Nov. 1884, J.W. 1885 S. 7. — Der Verwalter kann auch das Anfechtungsrecht nicht an Andere cediren; es ist eine ihm persönlich behufs der Zuziehung sonst entzogener Vermögensgegenstände zur Masse (§§ 37, 38) eingeräumte Befugniß und kann von diesem Zwecke für die Masse nicht zu Gunsten einer Verwendung für einen Andern getrennt werden. **RG. 30,** 72. Dagegen wird es nicht als ausgeschlossen zu erachten sein, daß er eine durch erfolgreiche Anfechtung für die Masse erstrittene Forderung durch Cession verwerthen, ja daß er den Anfechtungs**anspruch** überhaupt abtreten kann, sowie dies für Forderungen der Masse zulässig ist, § 131 Nr. 2, Petersen-Kleinfeller Anm. 3.

4) Falls indeß der Verwalter das Anfechtungsrecht ausübt, so ist eine **Nebenintervention der Gläubiger** wegen ihres rechtlichen Interesses gemäß C.P.O. § 66 zuzulassen. Dies überträgt (gegen Korn S. 39, Otto S. 154, Schultze S. 39) nicht die Ausübung des Anfechtungsrechts, wie auch die Intervention für einen Kläger sonst nicht die Ausübung des Klagerechts enthält; und widerspricht (gegen Cosack S. 237) auch nicht der Voraus-

Digitized by Google

setzung eines Prozesses zwischen anderen Parteien, weil keinenfalls die einzelnen K.Gläubiger Prozeßparteien sind. Prot. 26; RG. 16. April 1889, J.W. 203; 24. April 1891, J.W. 273; Hullmann S. 153; Petersen-Kleinfeller Anm. 4; Stieglitz S. 171; Völderndorff 1, 399; Wolff, Absond.R. S. 274. — Eine selbständige Streitgenossenschaft nach § 69 C.P.O., deren Voraussetzung durch § 13 Abs. 4 Anf.Ges. v. 23. Juli 1879 bestätigt wird, ist mit der Beschränkung auf die Wirksamkeit für Anfechtungsrechte des Gläubigers *nach* der K.Beendigung (nicht während des Konkurses, wofür § 36 entgegensteht) mit Fitting § 17 Anm. 2 für zulässig zu erachten. Vgl. indeß RG. 16. April 1889, J.W. S. 203.

5) **Das nur für den Konkurs geltende Anfechtungsrecht der K.O. ist nach Beendigung des Konkurses** aus den §§ 29—42 zu Gunsten einzelner Gläubiger nicht mehr anwendbar. Vgl. § 29: „den K.Gläubigern gegenüber" und Zweck des Rechts nach § 29. Ueber die Fortsetzung schwebender Anfechtungsprozesse vgl. Anm. 12 zu § 29. — Wenn sich nach der Beendigung des Konkurses noch Objekte ermitteln lassen, die mit Hülfe eines Anfechtungsrechts der Masse gewonnen werden können, so ist § 166 Abs. 2 anwendbar. Hat der Verwalter die Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäfts gekannt, so kann darin unter Umständen dessen Genehmigung gefunden werden, Stieglitz S. 172; die Unterlassung der Anfechtung kann jedoch auch in Rücksicht auf eine Resultatlosigkeit der Anfechtung bei den Vermögensverhältnissen des Gegners ihren Grund haben. Die einzelnen Gläubiger können nach der K.Beendigung Anfechtungsrechte gemäß § 13 Abs. 4 Ges. v. 21. Juli 1879 geltend machen, sofern der Gegner nicht „dem Anspruch entgegenstehende Einreden gegen den Verwalter erlangt hat," wozu auch die ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung des Rechtsgeschäfts durch den Verwalter gehören würde.

6) Neben dem Anfechtungsrechte des Verwalters besteht das **Anfechtungsrecht** aus dem Ges. v. 21. Juli 1879 **„außerhalb des Konkursverfahrens."** Danach kann **während eines Konkurses** a) jeder Gläubiger Rechtshandlungen anfechten, die der G.Schuldner rücksichtlich seines nicht zur K.Masse gehörigen Vermögens vorgenommen hat, vgl. Anm. 3 zu § 14; b) ein absonderungsberechtigter Gläubiger für sein Absonderungsrecht Rechtshandlungen anfechten, gleichviel, ob sie vor oder während des Konkurses vorgenommen sind, vgl. Anm. 12 zu § 29. Die Anfechtung eines Absonderungsberechtigten, die vom K.Verfahren nicht berührt wird, § 4 Abs. 2, ist von dem Rechte des Verwalters unabhängig, kann auch nach einem Verzichte des Verwalters oder nach der Verjährung des § 41 geltend gemacht werden; und unterliegt überhaupt nicht den Einreden, die der Anfechtung aus Handlungen oder Erklärungen des Verwalters (Verzicht, Ablauf der Ausschlußfrist nach § 41 ꝛc.) entgegenstehen würden, so wie auch dessen Anfechtung nicht Einreden aus dem Verhältnisse zum Absonderungsberechtigten entgegenzusetzen sind. Dieser und der Verwalter können neben einander in demselben Prozesse (C.P.O. §§ 59, 60) oder in verschiedenen Prozessen dieselbe Rechtshandlung, z. B. die Veräußerung eines Pfandes anfechten, etwa ein Pfandgläubiger zur Rückgewinnung des Pfandes, der Verwalter zur Feststellung der Verpflichtung, den für den Pfandgläubiger nicht nöthigen überschießenden Pfanderlös und die überschießenden Pfänder zur Masse zu gewähren. Sarwey, Petersen, Stieglitz, Völderndorff, Jäger zu § 36; Otto S. 221, 223. RG. 16 32 ff.

7) An dieser Stelle zu erörtern ist der **Einfluß der K.Eröffnung auf schon vorher erhobene Anfechtungsansprüche.** Sind nämlich vor dem Konkurse schon von *Konkurs*gläubigern, d. h. solchen Gläubigern, die nach der K.Eröffnung begrifflich dazu gehören, § 3 (ohne Rücksicht darauf, ob sie demnächst zum Konkurse anmelden), Anfechtungsansprüche erhoben, so gehen sie mit der K.Eröffnung in dem Gesammtrechte aller Gläubiger auf, § 13 Abs. 1, 2 Anf. Ges. Das Individualrecht des einzelnen anfechtenden Gläubigers hört als solches zwar nicht auf, der Anspruch kann aber nur noch von dem Verwalter verfolgt werden. Der früher prozeßführende Gläubiger verliert nicht sein Recht selbst, das er unter Umständen nach dem Konkurse wieder geltend machen kann, § 13 Abs. 4 Anf.Ges.; er verliert aber seine Aktivlegitimation während des Konkurses an den Verwalter zu Gunsten der von diesem auszuübenden Befugnisse; die im Abs. 2 diesem gestattete „Erweiterung" des Anspruchs setzt voraus, daß der Verwalter den Anspruch des Gläubigers

Digitized by Google

ohne Aenderung des Anfechtungsgrundes kraft Gesetzes an dessen Stelle mit der Befugniß der Erweiterung hinsichtlich der Leistung fortsetzen und aufnehmen kann. Er tritt dadurch, wenngleich er nicht eigentlicher Rechtsnachfolger des Gläubigers ist, in dessen prozessuale Rechtslage unter Zulassung der ihm selbst gewährten Rechte ein. Mot. z. Anf.Ges. S. 666 ff.; RG. 24. Nov. 1892, JW. 1893 S. 20. Der Gläubiger hat, da er durch seinen Prozeß nicht ein dingliches Recht verfolgte, für seine Forderung kein Vorrecht in dem Erstrittenen, sondern nur dem Verwalter gegenüber den Masseanspruch, aus dem etwa Erstrittenen vorweg seine Prozeßkosten erstattet zu erhalten.

8) **Ist ein solches Verfahren noch rechtshängig**, so wird es im Sinne des § 240 C.P.O. unterbrochen. Der Verwalter kann den Rechtsstreit — falls solche Prozesse von mehreren Gläubigern erhoben sind, nach seiner Wahl einen (oder keinen) — aufnehmen oder dies ablehnen; er unterliegt, wie im § 9 Abs. 1 Satz 2, den Vorschriften des § 239 C.P.O. Nimmt er einen Rechtsstreit auf, so ist jedenfalls die Modifikation des Antrags nöthig, daß das zu erlangende Weggegebene nicht zur Befriedigung des einzelnen Gläubigers zu verwenden, sondern zur Masse zu gewähren ist. In Betreff der Höhe des Anspruchs kann er nach § 13 Abs. 2 Anf.Ges. unter der Voraussetzung, daß die Geltendmachung seines K.Anfechtungsrechtes nicht nach § 41 ausgeschlossen ist, auf Grund dessen den Anspruch über das, was zur Befriedigung des einzelnen Gläubigers erforderlich gewesen wäre, hinaus bis zum Maße des § 37 erweitern; indeß nur in Gemäßheit der §§ 268, 529 C.P.O., mithin nur soweit es die Prozeßlage gestattet, also nicht mehr nach der zweitinstanzlichen Entscheidung und auch nicht unter Aenderung des einen Theil des Klagegrundes bildenden Anfechtungsgrundes, in dieser Beziehung geben die verschiedenen Anfechtungsgründe der §§ 30 bis 32 (gegen Eccius, Raff.K. 25, 160 und Cosack S. 224) verschiedene Klagegründe. Vgl. Anm. 17 zu § 29; Jaeckel S. 242; Endemann S. 312. Ob dem Verfolgungsrechte des Verwalters für den zeitig geltend gemachten Anfechtungsanspruch eines Einzelgläubigers der § 33 entgegensteht, kann deshalb auch nicht in Frage kommen, weil der Einzelgläubiger aus dem Grunde des § 30 (vgl. Anm. zu § 33) einen Anfechtungsanspruch nicht geltend machen konnte. Neben § 37 werden auch §§ 38, 39 anwendbar.

9) Das Aufpfropfen der Konkursanfechtung auf den Anfechtungsprozeß des Einzelngläubigers gemäß § 13 Anf.Ges. hat **prozessualisch eigenthümliche Wirkungen**: daß dem auf Befriedigung des Einzelngläubigers gerichteten Maße und Antrage das Verlangen, Alles der K.Masse Entzogene zurückzugewähren, substituirt werden kann, und daß diese Aenderung im Rechtsverhältnisse und im Antrage selbst in zweiter Instanz gegen C.P.O. § 536 zulässig ist, obgleich der Rechtsgrund der Konkursanfechtung für alle Gläubiger auch bei entsprechend gleichen thatsächlichen Vorgängen seitens des G.Schuldners und des Anfechtungsbeklagten immerhin ein anders qualifizirter ist, als der Rechtsgrund der Anfechtung des einzelnen Gläubigers. Die positiven Gesetzvorschriften sind mit diesen Anomalien zu befolgen. Indeß ist diesen nicht ein weiterer Einfluß auf Abweichungen vom sonstigen Rechte zu gestatten, als aus den Vorschriften selbst folgt. Darnach steht der Erweiterung gemäß § 37 hinsichtlich des Gegenstandes des Antrags und der mit demselben beabsichtigten Wirkung für alle Gläubiger oder die Masse nicht die sonst begriffliche Aenderung des Klagegrundes entgegen, da sonst die Erweiterung als eine dem § 268 C.P.O. gemäße überhaupt nicht hätte zugelassen werden dürfen. Wird in Folge einer solchen Erweiterung ein Amtsgericht, bei welchem der Streit anhängig war, unzuständig, so kommt § 506 C.P.O. zur Anwendung. In zweiter Instanz ist die Erweiterung ebenso wie in erster Instanz auch unter Ueberschreitung der ursprünglichen Klageanträge gemäß § 268 Nr. 2 C.P.O. zulässig, RG. 12, 301; 23, 421; 28, 425. In der Revisionsinstanz, worin neue Anträge nicht mehr der Beurtheilung zu unterbreiten sind, ist ein derartiger Eintritt in den Prozeß nicht mehr zulässig.

Lehnt der Verwalter die Aufnahme des Rechtsstreits ab, so kann der Rechtsstreit während des Konkurses in der Sache selbst von keinem Theile, sondern nur „rücksichtlich der Prozeßkosten von jeder Partei" aufgenommen werden. Der Verwalter kann bei Ablehnung selbständig auf Grund seines Anfechtungsrechts einen neuen Prozeß anstrengen,

Digitized by Google

§ 13 Abs. 2 Satz 5 Anf.Ges. Die Ablehnung gilt nicht als Verzicht auf das Anfechtungsrecht; sondern nur auf Fortführung des Prozesses, Mot. z. Anf.Ges. Im Falle eines neuen Anfechtungsprozesses des Verwalters bleibt sachgemäß bis nach dessen Beendigung die Kostenentscheidung des früheren Prozesses nach C.P.O. § 148 sistirt. Vgl. jedoch Anm. 11.

10) Hat zur Zeit der K.Eröffnung der Gläubiger für seinen Anfechtungsanspruch schon einen Schuldtitel (Vergleich, Urtheil) **gewonnen**, so steht auch in diesem Stadium nach § 13 Abs. 1 Anf.Ges. „die Verfolgung des Anspruchs", also dessen Realisirung durch Zwangsvollstreckung dem Verwalter zu. Kraft Gesetzes in die prozessuale Rechtslage des Gläubigers eintretend, kann er nach C.P.O. §§ 727, 730 die Vollstreckungsklausel erwirken und auch, wenn das Urtheil für den Gläubiger schon rechtskräftig geworden ist, gem. § 13 Abs. 1 Anf.Ges. die Rechte daraus geltend machen. RG. 30, 70. Dem Gläubiger bleibt auch in diesem Falle der bedingte Masseanspruch auf Kostenerstattung nach § 13 Abs. 1 Anf.Ges. — Hat der Gläubiger auf Grund seines Titels zur Zeit der K.Eröffnung schon Sicherung oder Befriedigung erworben, so kann ihm diese als jus quaesitum, welches er nicht direkt aus dem Vermögen des G.-Schuldners, sondern seines Anfechtungsgegners erworben hat, in der Regel nicht entzogen werden. Eine solche Sicherung hat er zum Beispiel erworben, wenn er mit Hülfe des Anfechtungsanspruchs erreicht, daß eine vor erhobener Anfechtung vollzogene Pfändung einer Forderung zu Recht bestehen bleibt — gegen RG. 32, 101 — vgl. Anm. 23 zu § 30. Doch unterliegt nach § 13 Abs. 3 Anf.Ges. jede erlangte Sicherung oder Befriedigung der Anfechtung aus § 30, wenn der Gläubiger damals die Zahlungseinstellung des G.Schuldners oder den Eröffnungsantrag kannte. Vgl. Anm. 23 zu § 30. Daneben kann der Verwalter auf Grund seines Anfechtungsrechts den etwa über den Sonderanspruch des Gläubigers (§ 7 Anf.Ges.) hinaus weitergehenden K.Anfechtungsanspruch gemäß § 37 verfolgen. Das zwischen dem einzelnen Gläubiger und dem Anfechtungsgegner ergangene Urtheil steht dem K.Verwalter in dieser Beziehung, weil inter alios ergangen, als res judicata nicht entgegen. Endemann S. 282, 313; a.M. Jaeckel S. 238. — Auch wenn der Gläubiger nach der K.Eröffnung, wenngleich ohne Kenntniß von der Zahlungseinstellung oder vom Eröffnungsantrage (etwa auf Grund eines vollstreckbaren Titels) von seinem Anfechtungsgegner Sicherung und Befriedigung erlangen, also ein nach § 13 Abs. 1 Anf.-Ges. zur K.Masse gehöriges und nicht mehr dem Gläubiger zustehendes Recht ausüben sollte, so kann dies auf Grund des § 13 Abs. 1 (vgl. §§ 12—15 K.O.) gegen ihn kondizirt werden. Vgl. Otto S. 225, 226.

11) Was unter bereits erhobenen Anfechtungsansprüchen zu verstehen ist, kann nach Inkrafttreten der K.O.N. und der Abänderungen zum Anfechtungsgesetz zweifelhaft sein. Während früher die Anfechtung nur durch Klagerhebung (auch Vorbringung von Einrede und Replik in der mündl. Verhandlung) geltend gemacht werden konnte, Geltendmachung des Anfechtungsrechts und Anfechtungsanspruchs also zeitlich zusammenfiel, erfolgt jetzt die Anfechtung als empfangsbedürftige aber formlose Erklärung (vgl. Anm. 14 zu § 29) und der Anfechtungsanspruch, d. h. der Anspruch auf Rückgewähr, wird erst durch sie begründet. Da nun der § 13 Abs. 1 des Anfechtungsgesetzes nur von erhobenen Anfechtungsansprüchen spricht, so könnte die Auffassung Platz greifen, daß der K.Verwalter nur dann den Anfechtungsanspruch der Einzelgläubiger (und die in Abs. 2 vorgesehene Erweiterung) geltend machen dürfte, wenn nach erfolgter Anfechtung auch schon die Forderung auf Rückgewähr erhoben, und zwar, da dies früher nur im Prozeß möglich war und der Abs. 1 des § 13 unverändert geblieben ist, durch Prozeß erhoben wäre. Der Verwalter müßte dann in allen Fällen, in denen noch keine Klage erhoben, noch einmal die Anfechtungserklärung abgeben und würde da, wo sie wegen Zeitablaufs verspätet wäre, überhaupt nicht mehr anfechten, oder sich der ihm günstigen Vermuthung nicht bedienen können. Der Grundgedanke des § 13 ist aber der, daß Alles was ein einzelner Gläubiger mit der von ihm ausgegangenen Anfechtung erlangen kann, der K.Anfechtung zu Gute kommen soll. Dem würde jene Auffassung widersprechen. Man muß vielmehr annehmen, daß der K.Verwalter auch auf Grund derjenigen Anfechtung klagen kann, die der Einzelgläubiger

Digitized by Google

vor der K.Eröffnung ohne Erhebung der Klage vorgenommen hat. Daß heißt unter den „von K.Gläubigern erhobenen Anfechtungsansprüchen“ im Sinne des § 13 Abs. 1 Anf.-Ges. sind alle Ansprüche zu verstehen, die sich aus einer erklärten Anfechtung ergeben. Man müßte sonst annehmen, daß die von einem Einzelgläubiger vorgenommene Anfechtung, soweit sie über das Anfechtungsrecht des K.Verwalters hinausgeht, während des Konkurses ohne Wirkung bliebe; oder, daß auf Grund einer solchen Anfechtung der Einzelgläubiger in Gegenstände, die zum Vermögen des G.Schuldners zurückzugewähren wären, eine Sonderzwangsvollstreckung ausführen lassen könnte: Beides gleich unannehmbar. — Da jedoch nach Abs. 2 der K.Verwalter, wenn er einen anhängigen Prozeß nicht aufnehmen will, das Anfechtungsrecht nur „nach den Vorschriften der K.Ordnung ausüben kann, so kann er in diesen Fällen auch nicht die von dem Gläubiger, der im Prozeß befangen ist, erklärte Anfechtung für sich geltend machen. Mit der Ablehnung des Prozesses hat er auch die Anfechtung selbst ausgeschlagen.

12) Hinsichtlich der Nichtanwendbarkeit des § 36 in Betreff der Geltendmachung der aus § 7 herzuleitenden Unwirksam vgl. Anm. 6 zu § 7.

§ 37 (30).

Was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, muß zur Konkursmasse zurückgewährt werden.

Der gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung hat dieselbe nur soweit zurückzugewähren, als er durch sie bereichert ist.

E. I. 37. P. 106.

1. Allgemeiner Grundsatz für die Folgen der Anfechtung.
2. Erfüllung des Anfechtungsanspruchs ohne Leistung des Anfechtungsgegners.
3. Leistung des Anfechtungsgegners.
4. Person des zur Rückgewähr Verpflichteten.
5. Thatsächlicher Umfang der Rückgewähr.
6. Einfluß des bürgerlichen Rechts auf den Umfang der Rückgewähr.
7. Rechtlicher Umfang der Rückgewähr.
8. Anwendungen der Grundsätze.
   a) Zuwendung.
   b) Herstellung der früheren Rechtslage.
   c) Art der Rückerstattung
9. Einwendungen.
10. Mehrere Anfechtungsgegner.
11. Werth des Streitgegenstandes.
12. Der unredliche Geschenknehmer.
13. Der gutgläubige Geschenknehmer.
14. Umfang der Bereicherung.
15. Begründung der Klage gegen den Geschenknehmer.

1) Im § 37 sind **die Folgen der** begründet erklärten **Anfechtung** für die Verpflichtungen des Gegners bestimmt, mit dem der G.Schuldner die anfechtbare Handlung vornahm oder der durch die Handlung unmittelbar etwas erwarb; in den §§ 38, 39 die Folgen für die Rechte dieses Gegners. Hinsichtlich der Wirkungen bezw. der Anwendung der §§ 37—39 auf Rechtsnachfolger vgl. Anm. 1, 2, 10 zu § 40. Die Folgen der Anfechtung bestehen nicht darin, daß eine vollständige Rescission des Rechtsverhältnisses, eine Aufhebung aller Wirkungen, oder auch nur eine gegenseitige gleichmäßige Ausgleichung hinsichtlich der Folgen eintritt. Weder eine dingliche Wirkung, noch auch nur dem Gegner gegenüber eine absolute Aufhebung sind im Gesetze ausgesprochen; vielmehr entstehen als Wirkung der Anfechtung nur obligatorische, persönliche, forderungsartige Ansprüche des anfechtenden Verwalters einerseits und unter Umständen des Gegners andererseits. **RG. 13**, 5; Petersen, Busch **10**, 25 ff.; Eccius **1**, § 114 zu 5; Mandry, Geib S. 556 ff.; Fitting § 17 zu II, Jäger Anm. 1 zu § 37.

Grundlage der Verpflichtung des Anfechtungsgegners ist, daß soweit für ihn eine Leistung oder Nichtberechtigung in Frage kommt (nicht darüber hinaus, **RG. 22**, 374), für die K.Masse der Zustand wieder hergestellt wird, wie er vor der Handlung bestand, so als wenn die Handlung nicht erfolgt wäre. Dies folgt daraus, daß allgemein nach § 29 die Unwirksamkeit den K.Gläubigern gegenüber Zweck der Anfechtung ist. **RG. 20**, 30; **25**, 63. Es gilt also auch, wenn der Gegner damals Ansprüche an den

Digitized by Google

G.Schuldner hatte; er hat nicht etwa, wenn er als Gläubiger zu früh Zahlung erhielt oder eine andere als die gebührende Leistung bekam, nur den Werthunterschied der Leistung oder der Vorzeitigkeit zu ersetzen. Was dazu nöthig ist, um diese Unwirksamkeit für die K.Masse durchzuführen, ist nach den Umständen verschieden.

2) Unter Umständen geht die **Erfüllung des Anfechtungsanspruchs ohne** Thätigkeit oder **Leistung der Anfechtungsgegner** vor sich. Wenn die Vermögensverringerung, gegen die sich die Anfechtung richtet, nur „noch in den Grenzen obligatorischer Beziehung zu dem Gegner geblieben war", so bewendet es bei der allgemeinen Folge der relativen Ungültigkeit gemäß § 29, so daß es den Gläubigern gegenüber angesehen wird, als ob die Handlung, Erklärung, Verpfändung, Verbürgung, Entlastung, Quittung u. s. w. nicht erfolgt wäre. Der Verwalter macht die Rechte für die Masse geltend, als sei die Handlung nicht erfolgt. Eine K.Forderung, die auf die Handlung gestützt würde, ist unbegründet und kann, wenn dennoch geltend gemacht, durch Einrede beseitigt werden; ebenso die Einrede aus einer anfechtbaren Rechtshandlung durch Replik, vgl. **RG. 19**, 202, Bolze 23 Nr. 241, Anm. 15 zu § 29. Dies ist durch § 29 schon ausgesprochen. Mot. 147. — Der Verwalter kann indeß auch in solchen Fällen klagen auf Anerkennung der Unwirksamkeit oder Erklärung einer Einwilligung (vgl. C.P.O. § 256) oder auch auf Feststellung des Nichtbestehens einer Verpflichtung, mit der die Masse belastet ist. Ist nicht schon eine Sache weggegeben, so ist außer der Ungültigkeitserklärung, die ebenfalls schon durch § 29 begründet ist, in der Regel eine weitere Leistung des Gegners nicht nöthig; so auch nach altem Rechte bei dinglichen Belastungen mit Servituten, sofern nicht schon Eintragungen im Grundbuche erfolgt sind oder Dritte Rechte erworben haben. Vgl. **RG.** 5. Dezember 1887, J.W. 1888 S. 69, vgl. jetzt § 873 ff. B.G.B.; unten Anm. 5 ff.

3) Daß es einer **Leistung des Gegners** bedarf, um den früheren Rechtszustand wieder herzustellen, ist recht eigentlich der im Abs. 1 des § 37 vorgesehene Fall. Für ihn ist bestimmt, daß der Anfechtungsanspruch auf Zurückgewährung zur Masse gerichtet ist und was zurückgewährt werden muß. Ueber die einzelnen Momente ist das Folgende zu sagen.

4) **Wer** das Entzogene **zurückzugewähren hat**, ist im Abs. 1 nicht wörtlich ausgesprochen. Aus dem Gesammtzusammenhange der Lehre, aus dem Gegensatze der Ausnahme des Abs. 2 für den Empfänger einer unentgeltlichen Leistung zu Abs. 1 und aus den Voraussetzungen im § 39 und im § 40 Abs. 2 folgt, daß der *Empfänger* der durch die anfechtbare Rechtshandlung bewirkten *Zuwendung* zurückzugewähren hat; entweder also der, dem der G.Schuldner durch seine anfechtbare Handlung etwas zuwendete oder der, soweit nicht *eine Rechtshandlung* des *G.Schuldners*, sondern eine andere in Frage ist, dadurch etwas aus dem Vermögen des G.Schuldners erhielt.

5) Für die Frage, **was zurückzugewähren ist**, giebt zunächst die eben vorgenommene Subjektsergänzung Anhalt. Sie hat die Folge, daß der Verpflichtete nicht unbedingt Alles zu erstatten braucht, was der Masse ohne Rücksicht auf das ihm Zugewendete entzogen ist, sondern nur die *ihm* zugekommene *Zuwendung*. Nur in Betreff dieser ist für ihn der Begriff der *Zurückgewährung* anwendbar. Hinsichtlich dieser Zuwendungen ist sodann das *objektive* Maß der Rückgewährungspflicht durch Abs. 1 für alle Anfechtungsgegner gleichmäßig (abgesehen von der Einschränkung in Abs. 2) bestimmt. Die Rückgewähr der Zuwendung hat unmittelbar, in natura, zu erfolgen; ist dies nicht mehr möglich, so ist sie nicht bloß nach dem Werthe zu berechnen, den sie für den Empfänger hat, sondern sie muß in dem Werthe und Maße erfolgen, in dem dadurch Vermögen des G.Schuldners „veräußert, weggegeben oder aufgegeben" ist; also nach dem Maße des *Verlustes der Zuwendung für die Masse*, nicht der Bereicherung für den Erwerber, weil Rechtsgrund und Umfang der Verpflichtung nach § 37 nicht durch den Erwerb des Anfechtungsgegners, sondern durch den Betrag des der Masse Entzogenen ausgedrückt werden, **RG. 36**, 163 f.; 23. März 1888, J.W. S. 178; vgl. auch Meissner, Raff.K. 32, 482 ff. Ueber diese hinaus braucht sie deshalb nicht zu erfolgen, weil sonst eine rechtlose Bereicherung der Masse eintreten würde, die wieder

Digitized by Google

zurückgewährt werden müßte. § 59, 3. Unerheblich für die Bestimmung des Umfangs der Rückgewähr ist, ob der Anfechtungsgegner die Zuwendung noch besitzt oder wieder veräußert hat. RG. 27, 23; 5. Mai 1893, Rass.K. 37, 1191, J.W. 308 —; ferner ob er gutgläubiger oder unredlicher Erwerber ist oder nicht. Diese letzte Unterscheidung ist nach den Mot. 147, 148 und Prot. 27, 28 (gegen Dernburg 2, § 131 Nr. 1, vgl. Eccius 1, § 114 Anm. 47) absichtlich abgelehnt. Die Theorie der Mot. 148 aber, daß der Gegner stets als unredlicher Besitzer zu behandeln sei, da die Anfechtung, außer im Falle einer Schenkung, nur im Falle seines unredlichen Erwerbes stattfände, hat in diesem Umfange im § 37 keinen Ausdruck gefunden. Sie war in ihrer Motivirung selbst nach den Mot. 137 für die Rückgewähr des Heirathsguts 2c., § 25 Nr. 2 alter Fassung, unanwendbar und mißt namentlich der Verletzung der Gläubigerrechte gegen § 30 weiter reichende Wirkungen bei, als sachlich gerechtfertigt und durch § 37 ausgedrückt sind (vgl. Cosack S. 244 ff.). Die Gleichstellung aller Empfänger einer nicht unentgeltlichen Leistung hat nach § 37 nicht die Fiktion eines unredlichen Besitzes zur Folge. Negativ hat die Gleichstellung nur die Folge, daß der Empfänger sich nicht mit dem Einwande, daß er nicht mehr besitze, oder mit dem Einwande seines gutgläubigen Erwerbes schützen kann, auch nicht gegen das Verlangen des Werthes einer vom Empfänger weiter verwertheten Zuwendung mit dem Einwande, daß er das Zugewendete zu einem geringeren Werthe verwerthet habe. Positiv maßgebend ist — abgesehen von einer, durch besonderes Verschulden zu begründenden Schadensersatzpflicht, die den allgemeinen Regeln über Schadensersatz folgt —: Gegenstand der durch die Anfechtung begründeten Rückgewährspflicht ist nur die erfolgte Zuwendung, diese jedoch zur Ausführung der Unwirksamkeit gegenüber den K.Gläubigern in dem Maße, daß sie derartig und mit denjenigen Accessorien, andererseits auch mit denjenigen Belastungen zu erstatten ist, wie nöthig ist, um den Zustand herzustellen, wie wenn die Zuwendung nicht aus dem Vermögen des G.Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben wäre.

6) Einfluß auf den Umfang der Rückgewähr hat auch das außerkonkursrechtliche **bürgerliche Recht.** Nach ihm ist namentlich zu bestimmen, was hinsichtlich einer Zuwendung „durch die Handlung aus dem Vermögen des G.Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist". Rassow Rass.K. 27, 166 ff. Sobald ferner durch Geltendmachung des Anfechtungsrechtes der Anfechtungsanspruch entstanden ist, unterliegt er den allgemeinen Vorschriften der §§ 241—292 B.G.B. über die Verpflichtung zur Leistung, besonders also den Bestimmungen über Verzug und Rechtshängigkeit, vgl. Seuffert S. 221 ff., Jäger Anm. 7 zu § 37. Sodann bestimmt sich, sobald feststeht, daß der K.Masse und was ihr zurückgewährt werden soll, die Art der Rückgewähr, in welcher Weise und nach welchen Formen sie zu bewirken ist, (Abtretung von Klagen gegen dritte Besitzer, Entschädigung, Mitwirkung zur Rückgewähr, Erstattung eines bezahlten Preises) Rass.K. 26, 932, vgl. hierzu die folgende Anm. 7. Damit ist das Gebiet der Anwendung des bürgerlichen Rechts erschöpft, RG. 24, 143; 7. Nov. 1888, J.W. 1889 S. 109, 16. August 1891, Bolze 12, 208; Petersen-Kleinfeller Anm. zu § 37; theilweise abweichend betreffs der Anwendung des bürgerlichen Rechts Mot. 147, 148; ferner, auf einer entgegengesetzten Ansicht von der Wirkung der Anfechtung beruhend, Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 385. — Im Uebrigen ist nur das konkursrechtliche Prinzip des Abs. 1 für den Umfang der Rückgewähr maßgebend.

7) Der rechtliche Umfang der Rückgewähr bestimmt sich nach der rechtlichen Wirkung der Anfechtung und dem in § 29 enthaltenen Anfechtungszwecke. RG. 30, 90. Danach wird der Bestand der angefochtenen Rechtshandlung nur „gegenüber den Konkursgläubigern" vernichtet; zwischen dem G.Schuldner und dem Anfechtungsgegner bleibt er unberührt. Der Anfechtungsgegner hat also dem G.Schuldner Nichts zurückzugewähren. Endet der Konkurs und die den Gegenstand der Anfechtung bildende Sache befindet sich noch unverändert und unbelastet in der Masse, so kann sie der Gläubiger ohne Weiteres als sein Eigenthum zurückfordern. Es hat also keine Eigenthumsrückübertragung zu erfolgen. Da sie an den G.Schuldner nicht zu erfolgen braucht, an wen sollte sie wohl erfolgen?

Digitized by Google

Auch der Anfechtungszweck verlangt nicht, daß eine Rückübertragung von Eigenthum stattfindet, „das vom G.Schuldner aufgegebene Objekt" soll als noch zur Masse gehörig betrachtet und zurückgeführt werden, Motive 112, damit es zur Befriedigung der Gläubiger dienen kann. Dies ist möglich auch ohne Eigenthumsübertragung. Andererseits muß der Gläubiger Alles thun, was nöthig ist, um die Verwerthung für die Masse zu ermöglichen. Siehe für die Folgerungen unten Anm. 8c.

8) Aus den hiermit aufgestellten Grundsätzen ergeben sich im Einzelnen folgende **Anwendungen**.

a. Nur das **Zugewendete** muß zurückerstattet werden. Die zugewendete Sache bleibt also auch mit den früher bestandenen Pfandrechten, dem K.Verwalter gegenüber, belastet, **RG. 16**, 23. Die aus der Pflicht zur Zurückgewährung folgende Beschränkung auf den Gegenstand der Zuwendung hat insbesondere bei der Anfechtung von Zwangsvollstreckungen bez. Pfändungen ihre praktische Wichtigkeit. Ist eine Zwangsvollstreckung für einen Gläubiger erfolgreich angefochten, so hat er als Folge der Anfechtung den ihm zugekommenen Betrag (mit Zinsen) zu erstatten, nicht aber bei etwaigem Zwangsverkaufe den Mehrbetrag, um welchen die verkauften Gegenstände mehr werth waren, als dafür gelöst ist; nur jener Betrag ist die Zuwendung, die er erhalten und „zurückzugewähren" hat. Ohnehin beruht die gesetzlich zugelassene öffentliche Versteigerung auf der Anschauung, daß dadurch der volle gemeine Werth der Sache ermittelt werde. Vgl. **RG. 30**, 89. Ein weiterer Schadensanspruch nach dieser oder anderer Richtung ist nur durch den Nachweis besonderen Verschuldens, nicht als Folge der Anfechtungsrückgewährspflicht zu begründen. Ebenso hat der Empfänger, der die entzogene Sache veräußert hat, den Ersatz des ihm durch die Zuwendung gewährten Werthes zu leisten, nicht auch den etwa bei seiner Veräußerung erhaltenen Gewinn. **RG. 27**, 31; vgl. Kohler § 45 S. 262 ff. — Ferner hat der Empfänger, da er nur das durch die Handlung Entzogene zurückzugewähren hat, und da durch Rückgewähr eines durch ihn verbesserten Zustandes die Masse ohne Rechtsgrund bereichert sein würde, §§ 38, 59 Nr. 3, den Anspruch auf Erstattung des, für die Masse vorhandenen Mehrwerths von Verbesserungen als Masseanspruch; desgleichen da hierdurch der Gegenstand der Rückgewähr nach Abs. 1 um den Werth, den die Masse sonst weniger gehabt hätte oder selbst hätte aufwenden müssen, sich mindert, auch für seine Forderung ein Zurückbehaltungsrecht. **RG. 16**, 23; § 273 B.G.B.

b. Da die **Herstellung desjenigen Zustandes** gegenüber den K.Gläubigern den Inhalt des Anfechtungsanspruchs bildet, der vorhanden sein würde, wenn die anfechtbare Rechtshandlung nicht erfolgt wäre, so ergiebt sich zunächst, daß der Gegner nicht zu erstatten braucht, was ohne sein Zuthun und ohne Einfluß der anfechtbaren Handlung (also nicht durch sie) untergegangen oder verschlechtert ist, bez. durch die Handlung weder mittelbar noch unmittelbar dem Vermögen des Schuldners entfremdet ist; er haftet nicht für den Zufall, der ohne Entziehung die Sache betroffen haben würde. Die Pflicht der Rückgewähr des Zugewendeten behufs Wiederherstellung der Masse hat weiter zur Folge, daß die Zuwendung in dem Zustande oder mit entsprechender Wertherstattung zu restituiren ist, wie wenn sie nicht aus dem Vermögen des G.Schuldners weggegeben wäre, **RG. 10**, 6; **15**, 65; **21**, 436; **24**, 143; **27**, 23; 12. Jan. 1893, J.W. 139. Hierdurch bestimmt sich das Maß der Verpflichtung für die Erstattung von Nutzungen (Früchten und Zinsen) und die Vergütung der durch das Zuthun des Verpflichteten veranlaßten Verschlechterungen. **RG.** 8. Mai 1887, J.W. 273; insbesondere auch der Zinsen, die die Masse gezogen haben würde, wenn ihr das Kapital nicht entzogen wäre. **RG. 21**, 436; **24**, 145; 2. April 1894 Bolze, **18**, 206; 1. Okt. 1894, Bolze **19**, 251; 7. Nov. 1888, J.W. 1889 S. 109; vgl. Cosack S. 249 ff., 253 ff., 290 ff. (abw. Hartmann S. 195), — nicht schon der Zinsen seit der Zeit der vor der K.Eröffnung erfolgten anfechtbaren Handlung, **RG.** 6. April 1894, Raff.-K. **38**, 1184, J.W. 316; — ferner der Nichtverpflichtung für frühere Zinsen, wenn nicht Gelder, sondern Mobilien entzogen waren, **RG. 24**, 135. Ob die K.Masse ohne die Entziehung eine Verzinsung erzielt haben würde, ist Sache der konkreten thatsächlichen Würdigung, **RG.** 1. Okt. 1884, J.W. 518. Die Vortheile aus der Fortführung der Firma

Digitized by Google

sind nicht Nutzungen des mit der Firma veräußerten Handelsgeschäfts, RG. 6. Apr. 1894, Nass.K. 38, 1184. Der Verpflichtete muß die Nutzungen seiner Zuwendungen erstatten, die der G.Schuldner ohne die Entziehung voraussichtlich gehabt haben würde. Er ist nach dem allgemeinen Grundsatze, daß er dem Berechtigten die Mittel zur Verfolgung seines Anspruches nicht versagen darf, zur Rechnungslegung verpflichtet, soweit sie zur ziffermäßig bestimmten Aufstellung des Anspruchs nöthig ist. — Die Anfechtung einer Unterlassung, soweit solche zulässig ist, Anm. 1 § 29, hat zur Wirkung, daß der K.Masse das durch die Unterlassung verlorene Recht gegenüber dem Anfechtungsgegner zurückgewährt wird, der Verwalter die unterlassene Handlung nachholen kann (sofern es sich nicht um ein rein persönliches Recht des G.Schuldners handelt), und daß der Anfechtungsgegner gegenüber einer Nachholung der unterlassenen Handlung und ihrer Geltendmachung sich auf den Verlust des zu restituirenden Rechts hinsichtlich der ihm gewährten Zuwendung oder eines sonst gerechtfertigten Verlangens (K.Forderung oder Masseanspruchs) nicht berufen darf.

c. **Die Art der Rückerstattung** bestimmt sich unter Einhaltung der durch das bürgerliche Recht bestimmten Uebertragungsformen nach dem durch den Verwalter angeordneten Verwerthungsmodus. Der Verwalter kann also bei dem freihändigen Verkauf eines zur K.Masse gehörigen Grundstücks Löschung der anfechtbar eingetragenen Hypothek verlangen, wenn er das Grundstück frei von der Hypothek veräußert, RG. 30, 90, er kann im Falle der Zwangsversteigerung des Grundstücks dagegen nicht Löschung der Hypothek fordern, sondern nur verlangen, daß das auf die Hypothek zur Hebung Gelangende an die Masse fällt, oder daß die Hypothek bei Feststellung des geringsten Gebotes (Zw.V.G. § 44) nicht berücksichtigt wird. Der Anfechtungsgegner hat ferner im Falle einer anfechtbaren Grundstücksübereignung neben der Ueberlassung des Besitzes an den Verwalter die Auflassung an eine dritte Person zu ertheilen, wenn das Grundstück freihändig an eine solche Person verkauft wird und sich die Zwangsversteigerung des Grundstücks gefallen zu lassen, wenn auf diese Weise die Verwerthung für die Masse stattfinden soll. Solche Rechte können durch Eintragung ins Grundbuch gesichert werden, früher durch Eintragung einer Vormerkung, RG. 29, 182, jetzt durch Eintragung eines Widerspruchs §§ 894, 899 B.G.B. Keinesfalls hat aber eine Rückauflassung an den G.Schuldner stattzufinden, wie Jäger Anm. 10 zu § 29 ohne Grund annimmt. — Auch bei beweglichen Sachen, die anfechtbar der K.Masse entzogen sind, erfolgt nicht Eigenthumsübertragung an den G.Schuldner, sondern nur Herausgabe an den Verwalter, der dann über sie nach Gutdünken verfügen darf. — Ist die anfechtbar entzogene Sache nicht mehr im Besitz des Anfechtungsgegners, so kommt in Frage: Zahlung des erhaltenen Kaufpreises, Abtretung von Klagen an dritte Besitzer, Entschädigung, Mitwirkung zur Zurückgewährung u. s. w. — Da ferner Rechte, die inzwischen ein Dritter unanfechtbar erworben hat, diesem gegenüber nicht durch die Anfechtung berührt werden, so begründen sie nur die Verpflichtung des Gegners, die Masse von ihnen zu befreien oder dafür zu entschädigen. Die Beseitigung von Rechten Dritter ist gegen den Rückgewährsverpflichteten zur Durchführung der Unwirksamkeit der Rechtshandlung für die K.Masse geltend zu machen. Es kann deshalb auf Grund der Rückgewährspflicht auch verlangt werden, daß der Gegner die auf Grund der Handlung eingetragenen Rechte beseitigt, eingeräumte Vorrechte aufgiebt, Erklärungen behufs Herstellung des früheren Zustandes abgiebt und die Befreiung von Rechten Dritter, die inzwischen von ihm oder gegen ihn auf die Sache gelegt und nicht ohnehin schon civilrechtlich zufolge der Anfechtbarkeit hinfällig sind, bewirkt, Obtr. 13, 126; Strieth. 52, 304. — Schließlich muß sich der Anfechtungsgegner auch gefallen lassen, daß der Verwalter im Interesse der Gl. eine Sicherheit für die im Zwangsvergleich versprochenen Leistungen mit der anfechtbar entzogenen Sache bestellt; dagegen hat der G.Schuldner selbst hierzu kein Recht mehr.

9) Hinsichtlich der Entgegensetzung von **Einwendungen** aus § 38 S. 1 vgl. Anm. zu § 38. Ob und wieweit der Gegner andere Ansprüche, die mit der anfechtbaren Handlung nicht zusammenhängen, entgegensetzen kann, ist nach den Vorschriften über Aufrechnung §§ 53—55 zu entscheiden. Jedenfalls kann der Anfechtungsgegner in Abrechnung bringen,

Digitized by Google

was der Masse bereits (vom Anfechtungsgegner oder von Anderen) gewährt ist; insoweit ist ihr nichts entzogen.

10) Von **mehreren Theilnehmern** einer anfechtbaren Zuwendung haftet jeder nach dem Maße der durch die Handlung für ihn erfolgten Zuwendung, also bei solidarischer Zuwendung solidarisch (offene Handelsgesellschaft, Erbengemeinschaft), ohne Rücksicht auf eine Vertheilung, die die Theilnehmer unter einander vornehmen, RG. 24, 141.

11) **Der Werth des Streitgegenstandes** ist nach dem Werthe dessen zu bemessen, was als zur K.Masse zurückzugewähren verlangt wird, RG. 6. Dezbr. 1894, J.W. 1885 S. 38.

12) Auf den unreblichen Geschenknehmer ist Abs. 1 in vollem Umfange anwendbar. In welcher Richtung der Geschenknehmer gutgläubig sein muß, um den Abs. 2 für sich in Anspruch zu nehmen, ergiebt sich aus dem Systeme der K.O. und aus dem Gegensatz zu Abs. 1, für den eine Gutgläubigkeit nicht unterschieden wird. Der Geschenknehmer ist gegenüber einer Konkursanfechtung schon dann nicht gutgläubig, wenn er Kenntniß davon hatte, daß die unentgeltliche Leistung eine die Gläubiger ungerechtfertigt benachtheiligende war; gutgläubig ist er nur, wenn er annahm, daß eine anfechtbare Handlung nicht vorliege. Je nach den Umständen kann daher die Kenntniß von der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage oder der Anfechtbarkeit der Leistung auch ohne Kenntniß von einer Benachtheiligungsabsicht des G.Schuldners ausreichen. Dies wird auch rücksichtlich der Anfechtung aus dem Ges. v. 21. Juli 1879 § 7 entsprechend gelten müssen. Endemann S. 285; Petersen-Kleinfeller Anm. 7; Cosack S. 252, 299. A.M. Jaeckel S. 196; Korn S. 99. Wird die Anfechtung lediglich auf die Unentgeltlichkeit der Verfügung (§ 32) gestützt, so findet Abs. 2 an sich Anwendung; ein böser Glauben wird nicht vermuthet; will der Verwalter die Bösgläubigkeit behaupten, so muß er sie beweisen. Mot. 148. Das Verlangen, daß der Geschenknehmer seinen guten Glauben beweisen müsse, wenn er sich auf Abs. 2 berufen wolle, weil Abs. 2 eine Ausnahmebestimmung sei, kehrt die Grundregeln der Beweislast sowohl für denjenigen, der einen Anspruch erhebt, als auch hinsichtlich desjenigen, der eine erlangte Kenntniß bestreitet, um; vgl. Endemann S. 286; Fitting § 18 Anm. 12; Jaeckel S. 198; Stieglitz S. 176; Völderndorff 1, 406; A.M. Cosack S. 302; Hartmann S. 263; Korn S. 99; Petersen-Kleinfeller Anm. 14; Sarwey-Bossert Anm. 4; Jäger Anm. 22. In Fällen jedoch, in denen selbst bei unentgeltlichen Verträgen nach § 31 Nr. 2 ein böser Glaube vermuthet wird, ist er auch für § 37 Abs. 2 zu vermuthen, Fitting § 18 Anm. 12.

13) **Der gutgläubige Geschenknehmer,** der sich mit dem Geschenkten vielleicht einen sonst nicht gegönnten Genuß verschafft hat, soll nicht Alles zurückgeben, wodurch er zur Zeit des Geschenks bereichert worden ist, sondern nur soweit er zur Zeit der Kenntniß von der Zulässigkeit der Anfechtung („bereichert ist") noch im Besitze des Geschenks oder der Bereicherung daraus sich befindet. „Die Sonderbestimmung soll nur den redlichen Besitz und so lange dieser dauert schützen." Mot. 148. Im E. I. § 37 war redigirt: „noch bereichert ist" und die Mot. dazu verlangten eine Rückgewähr nur, soweit der redliche Geschenknehmer zur Zeit der Anfechtung noch im Besitze des Schenkung sich befindet". Das Wort: „noch" ist von der Vork. gestrichen; vom Abs. 2 wird die Bereicherung betroffen, welche er behielt, so lange er gutgläubig war. Sobald er im Sinne der Anm. 11 schlechtgläubig wird, ist der Anspruch gegen ihn begründet, alles herauszugeben, was er dann noch hat. Setzt er sich nachher durch anderweite Verfügung über seine Bereicherung (Verbrauch, Veräußerung, Vernichtung) außer Stande, diese zurückzugewähren, so haftet er dann nicht mehr als Gutgläubiger, sondern als Schlechtgläubiger; und insoweit findet Abs. 2 keine Anwendung. Insoweit ist auch hierüber nicht nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden, sondern nach der positiven Vorschrift des Abs. 2 und nach dem Systeme der K.O. Anm. 3, 11. Prot. 28. Das Maß der Verpflichtung des schlechtgläubig gewordenen Geschenknehmers bestimmt sich dann lediglich nach Abs. 1.

Der Einfluß der Rechtshängigkeit auf die Verpflichtung des Gutgläubigen bleibt auch hier wie für Abs. 1 (vgl. Anm. 6) nach dem bürgerlichen Rechte zu beurtheilen, §§ 818, 291, 292, 987, 990 B.G.B. (vgl. RG. 20. Febr. 1882, Raff.K. 26, 932).

Digitized by Google

14) **„Nur insoweit, als er durch die Leistung bereichert ist."** Der Umfang der Bereicherung ist nach dem civilrechtlichen Begriffe der Bereicherung, also nach dem bürgerlichen Rechte zu beurtheilen. **RG. 29**, 1, § 818 B.G.B. Bereicherung ist nur vorhanden, wenn der Vermögensbestand vermehrt wird, also wenn die Schuld eines Dritten getilgt ist, nur, falls diese Forderung nicht anderweit beizutreiben war, **RG. 29**, 2. Für den Gutgläubigen, Abs. 2, ist eine Bereicherung nicht mehr vorhanden, wenn das Geschenkte untergegangen, ihm (ohne Rücksicht auf die Unterlassung der Wachsamkeit) genommen oder von ihm ohne Erwerb eines neuen Rechts weggegeben ist. War das Aufgeben mit dem Erwerbe eines neuen Rechts (oder einer anderen Sache, Befreiung von einer Schuld) verbunden, so betrifft die Verpflichtung zur Rückgewähr die Höhe der Bereicherung im neuen Rechte mit der Einschränkung auf den Werth des Geschenks und unter Fortfall der Verpflichtung, sofern das neue Recht untergegangen, oder (durch Insolvenz Dritter ꝛc.) dem Beschenkten verloren gegangen ist, nicht aber ohne Weiteres den dafür angeschafften neuen Gegenstand, **RG.** 31. März 1892, Raff.K. **36**, 1192. Soweit der Beschenkte mit dem Geschenkten etwas Werthvolleres erworben hat, ist er hinsichtlich des Mehrwerths nicht „durch die (geschenkte) Leistung", sondern durch seine Thätigkeit bereichert. „Nur insoweit." Vgl. Sarwey-Bossert Anm. 5; Jäger Anm. 24 zu § 37. Stieglitz Anm. VI. 3; Cosack S. 299 ff.

15) Zur **Begründung der Klage** braucht der Anfechtende nur die unentgeltliche Hingabe nachzuweisen. Das genügt auch für den Nachweis der Bereicherung, da Veränderungen nicht zu vermuthen sind; es ist Sache des Gegners und seines Beweises, zu zeigen, daß oder wieweit die erlangte Bereicherung nicht mehr vorhanden ist. R.O.H. **16**, 164; **22**, 298, Obtr. **49**, 106, Strieth. **54**, 63. Je nach dem Beweise kann der Klagantrag berichtigt werden.

§ 38 (31).

Die Gegenleistung ist aus der Konkursmasse zu erstatten, soweit sie sich in derselben befindet, oder soweit die Masse um ihren Werth bereichert ist. Darüber hinaus kann ein Anspruch nur als Konkursforderung geltend gemacht werden.

E. I. 38. P. 107. 108.

1. Masseanspruch des Anf.Gegners wegen Bereicherung der Masse.
2. Geltendmachung im Verhältniß zu § 37.
3. Voraussetzungen und Umfang des Anspruchs.
4. Sonstige Ansprüche des Anf.Gegners.
5. Forderungen der Anfechtungsgegner gegen die Person des G.Schuldners
6. Ansprüche anderer Personen als der unmittelbaren Anfechtungsgegner.

1) Soweit die Masse im Besitze der Gegenleistung oder ihres Werthes ist, sind die Gläubiger durch die anfechtbare Handlung nicht geschädigt; sie würden in der für sie bestimmten Masse bereichert werden, wenn der Anfechtungsanspruch gemäß § 37 ohne Rückerstattung der Gegenleistung durchgeführt würde. Hierauf beruht der Gegenanspruch, den Satz 1 des § 38 dem Gegner zuspricht. Aus dem Aussonderungsrechte fremden Eigenthums nach §§ 43 ff. kann er mit den Mot. 149 nicht begründet werden, weil die §§ 43 ff. einen bereits zur Zeit der K.Eröffnung vorhandenen Anspruch voraussetzen, und durch eine im Gesetz nicht angedeutete Fiktion der Rückwirkung für die Ansprüche aus § 38 nicht anwendbar sind, auch die Anfechtung nicht ipso jure einen Rückerwerb des Eigenthums bewirkt. Vgl. **RG. 13**, 5; Sarwey-Bossert Anm. 1; Otto S. 180 ff.; Grützmann S. 235 ff. **Der Anspruch aus Satz 1 ist ein obligatorischer Masseanspruch** gemäß § 59 Nr. 1 K.O.

2) **Der Anspruch ist abhängig von der Geltendmachung des Anfechtungsanspruchs.** Als ein Theil der Folgen der Ausübung des Anfechtungsrechts ergiebt er sich durch Grund und Zweck des Anfechtungsrechts und durch die Stellung des § 38 im Systeme der §§ 37—39. Der Gegenanspruch aus § 38 Satz 1 ist seinem Wesen nach eine Beschränkung des Anfechtungsanspruchs aus § 37, also nicht als selbständiges Recht ohne Rücksicht auf

Digitized by Google

§ 37, sondern als ein in Verbindung mit § 37 zu berücksichtigendes Recht zu beurtheilen. Aus dieser Natur des Gegenanspruchs ist der Streit zu lösen, in welchem Verhältnisse die Ansprüche aus den §§ 37, 38 zu einander stehen. Otto S. 180 u. Völderndorff Note 4 zu § 38 betrachten die Ansprüche aus § 38 als durch „die bloße Ausübung der Anfechtung" (ohne Rücksicht auf deren Erfolg gemäß § 37) gegebene, weil damit die Bereicherung der Masse eine ungerechtfertigte sei. Andererseits will Eccius, Rass.K. 25, 161 gegen § 37 keinen Einwand aus § 38 zulassen. Eine solche Unabhängigkeit widerlegt sich durch die Vorschriften selbst und durch ihren Grund; und hinsichtlich der Geltendmachung des § 38 Satz 1 sind die Formen des Einwandes und der Widerklage nicht ausgeschlossen. Wird Jemand, der eine vom G.Schuldner ihm für 200 Mk. cedirte Forderung von 300 Mk. eingezogen hat, vom Verwalter mittels Anfechtung der Cession auf Zahlung von 300 Mk. zur Masse verklagt, so kann er die von ihm etwa nach der K.Eröffnung dem Verwalter überschickte vereinbarte Cessionsvaluta von 200 Mk. abrechnen. In der Höhe der in der Masse befindlichen oder sie sonst bereichernden Gegenleistung ist das Weggegebene schon zur Masse zurückgewährt, also dem § 37 schon entsprochen. Andererseits setzt § 38 Satz 1 nicht nur voraus, daß die Anfechtung vom Verwalter erklärt ist, sondern auch, daß dem vorangestellten § 37 entsprechend zurückgewährt ist oder gleichzeitig wird; andernfalls würde die Masse um die Gegenleistung oder deren Werth nicht bereichert sein, der Rechtsgrund für Satz 1 also fehlen und die Rechtshandlung nur zu Gunsten des Gegners, nicht zugleich zu Gunsten der Masse unwirksam sein. Dem entspricht auch die ausdrückliche Hervorhebung dieser Voraussetzung für die fernere Anfechtungsfolge des § 39. Hieraus folgt, daß der Verwalter, sowie der Gegner und zwar jeder von Beiden nach Erklärung der Anfechtung die gleichzeitige (Zug um Zug) „gegen Erstattung" oder unter Berücksichtigung der Gegenansprüche erfolgende Erfüllung der §§ 37, 38 verlangen kann. So auch im Wesentlichen Fitting § 18 zu Anm. 6 u. Cosack S. 276, 280; vgl. R.O.H. 26, 16, RG. 16, 23; Anm. 5 f. zu § 37, B.G.B. §§ 320 ff. bes. 322. Eine Vorleistung des Gegners oder des Verwalters (Grützmann Anm. 765 S. 238) kann kein Theil beanspruchen. Hat der Verwalter die Anfechtung erklärt, so kann, bis er auf Anfechtung verzichtet, der Gegner (gegen Grützmann a. a. O.) zwar nicht aus einem gegen ihn ergangenen Urtheile dessen Ausführung verlangen, aber klagend oder widerklagend fordern, daß die Anfechtungswirkungen unter Berücksichtigung der beiderseitigen Ansprüche eintreten. Zur Begründung der Anfechtungsklage an sich ist das Erbieten des Verwalters zur Erstattung der Gegenleistung nicht nöthig; es ist Sache des Gegners, den auf Beschränkung des Klageantrags gerichteten Einwand zu erheben. R.O.H. 20, 16.

3) **Gegenstand des Anspruchs ist die Erstattung der** für die Masse erfolgten **Bereicherung** um denjenigen Werth, der auf Kosten des Gegners mehr in der Masse ist, als wenn die Rechtshandlung nicht stattgefunden hätte. Unter der Masse kann hier, wie in §§ 7, 46 und 59 nur die in die Hand des Verwalters gelangte Masse, die Istmasse verstanden werden. Auch die Erstattung der noch in der Masse befindlichen Gegenleistung ist eine Erstattung der Bereicherung. Satz 1 erfordert, daß sich die Gegenleistung „in der K.Masse befindet" oder die Masse bereichert ist. Daß hiermit nur eine nach der K.Eröffnung (durch Leistung des Gegners oder sonst) erfolgende Bereicherung gemeint ist, soweit es sich nicht um das Befinden der Gegenleistung in der Masse handelt, ist hier wie in § 59 Nr. 3 mit den Mot. 149 anzunehmen und durch das Erforderniß der Bereicherung der „Masse" ausgedrückt. — Eine Bereicherung, die vor der K.Eröffnung zur Masse gekommen ist, kann nur insoweit erstattet verlangt werden, als sie sich in der Masse befindet. Darunter ist indeß nicht bloß (mit Mot. 149 u. Fitting § 18 zu Anm. 9) ein unterscheidbares Befinden „in specie", die identische Existenz der Gegenleistung, zu verstehen. Da nach dem Grunde der Vorschrift, ebenso wie für § 37, das Vorhandensein des Werthes entscheidend ist, so genügt es, daß die Masse erkennbar ein Produkt der Gegenleistung enthält. Soweit dies der Fall, befindet sie sich in der Masse, so die Forderung auf einen noch ausstehenden Erlös für die Gegenleistung und die Darlehnsforderung, die durch Ausleihung der Gegenleistung oder ihres Erlöses entstanden ist. Die Alternative

Digitized by Google

des Satzes 1 setzt dem Gedanken der Vorschrift entsprechend voraus, daß die Masse entweder die „Gegenleistung" oder eine um deren „Werth" erfolgte Vermehrung enthält. Sachlich macht es keinen Unterschied, ob man die vor der K.Eröffnung entstandene und in der Masse erweislich, wenngleich nicht mehr in der identischen Form vorhandene, Gegenleistung als „in der Masse befindlich" oder als „Werthsbereicherung" der Masse ansieht; der Streit darüber ist daher müßig; unrichtig würde es jedenfalls sein, sie mit den Mot. von beiden Alternativen auszuschließen und beide restriktiv zu interpretiren. — Zu erstatten ist nur die noch vorhandene Bereicherung („bereichert ist", nicht bereichert worden ist). Ist die Masse nicht mehr bereichert, so ist die Verpflichtung ausgeschlossen, B.G.B. § 818, Abs. 3. Erst von der Zeit der Rechtshängigkeit oder der früheren Kenntniß von dem Mangel des rechtlichen Grundes der Bereicherung an haftet der Verwalter nach den allgemeinen Grundsätzen (B.G.B. § 818, Abs. 4, § 819), regelmäßig also wenigstens von der Anfechtung an, aber auch von dem früheren Zeitpunkte an, in dem er von der Anfechtbarkeit Kenntniß erlangte. Vorher braucht der Verwalter auch den verschuldeten Wegfall der Bereicherung nicht zu vertreten. Aus dem Gedanken der Vorschrift ergeben sich auch die Folgen betreffs der Verbesserungen der Gegenleistung, der Erhaltungskosten und der Früchte. Soweit Früchte oder deren Werth, B.G.B. § 818, sich nicht mehr in der Masse befinden, sind sie nicht zu erstatten; soweit Verbesserungen bewirkt sind, enthält die Masse mehr als bloß die Gegenleistung und ist ihr dies zu erstatten; soweit die Masse (nicht der G.Schuldner) mit ihren Mitteln Erhaltungkosten aufwenden muß, mindert sich das, was sie von der Gegenleistung hat. Einen besonderen Fall des Erstattungsanspruchs enthält § 39.

4) **Die sonstigen Ansprüche der Anfechtungsgegner** hängen von der Erwägung ab, daß, soweit die K.Masse nicht die Gegenleistung oder deren Werth enthält, nicht die Masse, sondern nur der Gemeinschuldner als bereichert erachtet werden kann. Insoweit kann daher der Anfechtungsgegner seine Gegenleistung, wenn überhaupt, nur als K.Forderung zurückverlangen. „Er kann nur an seinen Kontrahenten, den G.Schuldner, sich halten und, sofern nicht seine eigene Unredlichkeit bei Abschluß des Geschäfts nach bürgerlichem Recht einen Entschädigungsanspruch ausschließt, diesen als K.Gläubiger anmelden." Mot. 149. (Anders P. §§ 107, 108.) Der zweite Satz des § 38 hat — ebenso wie der zweite Satz des § 26 — nicht die Bedeutung, daß der Anfechtungsgegner immer einen Anspruch als K.Gläubiger hat, sondern daß, soweit er einen Anspruch hat, er denselben nur als K.Gläubiger geltend machen kann. Daß eine K.Forderung, zugelassen wird obgleich der Anspruch (gegen Mot. 149) nicht schon vor der K.Eröffnung begründet (§ 3) ist, beruht, ebenso wie für § 39, darauf, daß in Folge der Unwirksamkeit der anfechtbaren Handlung dem Gegner für seine Gegenleistung die Rechtsstellung der K.Masse gegenüber eingeräumt werden kann, als wenn die Handlung unterblieben wäre. Ueber die Kondizirung einer Gegenleistung hinaus kann ein Entschädigungsanspruch des Gegners an den G.Schuldner nicht als K.Forderung geltend gemacht werden, soweit sie auf ein den K.Gläubigern gegenüber unwirksames Rechtsgeschäft gegründet werden müßte. In Betreff der Gegenansprüche aus Verwendungen und Verbesserungen für die zu restituirende Zuwendung vgl. indeß Anm. 8b zu § 37. Die K.Forderung kann erst nach der Erklärung der Anfechtung geltend gemacht werden; durch die Beschränkung, daß nur eine K.Forderung geltend gemacht werden kann, ist die Aufrechnung und Zurückbehaltung gegen den Anspruch aus § 37 ausgeschossen.

Ob und in welchem Umfange der Gegner eine K.Forderung auf Erstattung seiner Gegenleistung hat, ist nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Folgen der Auflösung des unwirksam erklärten Rechtsverhältnisses zu entscheiden. Er wird zur Begründung dieser Forderung davon ausgehen dürfen, daß das angefochtene Rechtsgeschäft für die K.Masse auch ihm gegenüber unwirksam ist, und demgemäß fordern dürfen, um was die Masse durch die an den G.Schuldner erfolgte Leistung bereichert ist.

Es kann also eine Rückforderung nicht schon deshalb ausgeschlossen werden, weil die anfechtbare Handlung an sich schon eine unerlaubte oder eine causa turpis wäre. Vgl. Jaeckel, Anf. S. 202 ff.; Petersen-Kleinfeller Anm. 4, 5; A.M. Sarwey-Bossert Anm. 3.

Digitized by Google

5) Von dem im Konkurse zulässigen Anspruche auf die Rückgewährung der Gegenleistung ist die **Forderung** zu unterscheiden, die **der Anfechtungsgegner gegen die Person des G.Schuldners** deshalb haben kann, weil die anfechtbare Rechtshandlung den K.Gläubigern gegenüber unwirksam ist. Hierher gehören namentlich die Ansprüche wegen Nichterfüllung und Entwehrung. Vgl. Anm. 11 zu § 29 und Anm. 3 zu § 7.

6) **Die Ansprüche** und Rechte **anderer Personen als der unmittelbaren Anfechtungsgegner,** das heißt der Personen, die mit dem G.Schuldner die anfechtbare Handlung selbst vorgenommen haben, sind, wie aus dem systematischen Zusammenhange der Lehre hervorgeht, in den §§ 38, 39 nicht behandelt. Wegen der Anfechtung gegen Erben und Singularsuccessoren und ihrer Gegenansprüche vgl. § 40. Welche Rechte ein sonst betheiligter Dritter bei einer nicht gegen ihn gerichteten Anfechtung hat, wieweit seine inzwischen in gutem Glauben erworbenen Rechte gegenüber der K.Masse erhalten bleiben, und welche Rechte er bei mittelbarer Schädigung seiner Rechte gegen die Masse (vgl. A.L.R. I. 13 §§ 262 ff.) oder gegen Andere hat, ist von der K.O. nicht berührt und nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden. Anm. 12 zu § 7. Vgl. Otto S. 182; Stieglitz Anm. 4.

§ 39 (32).

Wenn der Empfänger einer anfechtbaren Leistung das Empfangene zurückgewährt, so tritt seine Forderung wieder in Kraft.

P. 108.

1. K.Forderung nicht Masseanspruch.
2. Anwendungsfälle.
3. Voraussetzung des Wiederauflebens der Forderung.
4. Die wesentlichen Merkmale der Forderung.
5. Forderung, nicht Schuld.
6. Wiederaufleben der Nebenrechte.

1) Die Forderung, die der Anfechtungsgegner vor der anfechtbaren Rechtshandlung an den G.Schuldner etwa hatte, und die durch diese Rechtshandlung, falls sie gültig wäre, beseitigt sein würde, soll wieder in Kraft treten, als wenn die angefochtene Handlung nicht erfolgt wäre. Aus dieser Restitution folgt, daß für den Gläubiger unter Gleichstellung mit den andern Gläubigern seine Forderung **nur als K.Forderung, nicht als Masseanspruch,** „wieder" in Kraft tritt. Die Bestimmung des § 39 ist materielles Recht; das bürgerliche Recht darüber, ob und wie weit in Folge einer Anfechtung eine Forderung wieder auflebt, ist also nicht entscheidend. Als Masseschuld könnte die anfechtbar getilgte Forderung nur geltend gemacht werden und den Anfechtungsanspruch ipso jure oder durch Aufrechnung nur kürzen, wenn die Tilgung eine Bereicherung der Masse enthielte und danach § 38 Satz 1 anwendbar würde. Die Tilgung einer Forderung an den G.Schuldner ist indes (gegen Cosack S. 275, 285—287) nicht an sich eine Bereicherung der Masse im Sinne des § 38, wie auch eine sonstige Tilgung durch einen Dritten die Forderung dafür nicht zur Masseschuld nach § 59 Nr. 3 macht. Nur die Tilgung einer Forderung, die ohne Tilgung selbst einen Masseanspruch darstellen würde, ist als Bereicherung der Masse anwendbar und geeignet eine Masseschuld zu begründen.

2) **Anwendungsfälle.** Der § 39 gilt auch im Falle, wenn nach § 34 Abs. 2 der Verwalter sein Recht auf Erstattung der Wechselsumme geltend macht, zu Gunsten des letzten Wechselregreßpflichtigen. Dieser kann seine Wechselforderung, welche ihm ohne seine Begebung des Wechsels gegen den G.Schuldner zugestanden hätte, geltend machen, als wenn der Fiktion des § 34 Abs. 2 entsprechend der G.Schuldner ihm selbst gezahlt hätte und dies nun in Folge der Anfechtung als nicht geschehen anzusehen wäre. Selbstverständlich kann ihm, falls der G.Schuldner dem dritten Inhaber freiwillig zahlte und dadurch die Protesterhebung entbehrlich und unmöglich machte (auch bei einem domizilirten Wechsel), nicht entgegengesetzt werden, daß zur Wechselverfolgung die Protesterhebung nöthig sei. Andererseits muß er sich die Einreden aus dem dem Wechsel zu Grunde liegenden Verhältnisse (W.O. Art. 82) entgegensetzen lassen. — Die Höhe des Saldo eines Kontokurrents als K.Forderung wird durch das Wiederaufleben einer Forderung, für die der Gläubiger durch Uebertragung anderer Forderungen (Kundenwechsel) oder Sachen

Digitized by Google

anfechtbar befriedigt war, nicht berührt, und die Anerkennung des Saldo als K.Forderung seitens des Verwalters steht deshalb seiner Anfechtung eines solchen einzelnen Kreditpostens nicht entgegen. **RG.** 27, 91; 26. Jan. 1893, JW. 159; Anm. zu § 145.

3) **Voraussetzung des Wiederauflebens der Forderung** ist, daß „der Empfänger der anfechtbaren Leistung das Empfangene zurückgewährt". Wenn dies nicht geschieht, kann die Forderung bestritten werden. Eine Aufrechnung des an die Masse Zurückzugewährenden mit der K.Forderung des Gläubigers ist unzulässig, § 55 Nr. 1. Nicht nöthig ist, daß erst alles Empfangene zurückgewährt sein muß, damit die Forderung wieder auflebe. Sie lebt vielmehr auch insoweit auf, als zurückgewährt ist. Sonst würde der Empfänger einer anfechtbaren Leistung, durch die eine Forderung getilgt werden sollte, schlechter gestellt sein, als der Mitkontrahent eines anfechtbaren Rechtsgeschäfts, der nach § 38 Satz 2 die Gegenleistung zurückverlangen kann, denn der Verlust der Forderung kann als eine Gegenleistung gegen den Empfang der Leistung betrachtet werden. Der Fall wird vornehmlich praktisch, wenn der Anfechtungsgegner selbst in Konkurs gerathen ist und deshalb die Rückgewähr der empfangenen Leistung nur mit der K.Quote erfolgt.

4) **Die wesentlichen Merkmale der Forderung** sind: Die nach § 39 wieder auflebende Forderung muß sein a. die des Anfechtungsgegners, der die anfechtbare Leistung aus dem Vermögen des G.Schuldners erhalten hat, — nicht die Forderung eines dritten Erwerbers — b. gegen den G.Schuldner, — nicht eine Forderung gegen einen Dritten, der etwa die Leistung erhalten hat. Die Rechte und Pflichten eines solchen Dritten sind von § 39, wie von § 38 nicht betroffen; vgl. Anm. 6 zu § 38 und über das Verhältniß eines Rechtsnachfolgers als Anfechtungsgegners vgl. Anm. 10 zu § 40; Sarwey-Bossert Anm. 2; Otto S. 182; a.M. Völderndorff 1, 417; Jäger Anm. 5.

5) **Forderung, nicht Schuld** muß vorliegen. Auf den Fall, wenn ein Schuldner des G.Schuldners an diesen gezahlt hat, und in Folge der Anfechtung an den Verwalter nochmals zahlen muß, ist § 39 nicht anwendbar. Er hatte keine Forderung an den G. Schuldner, sondern eine Schuld. Soweit er wegen der an den Verwalter erfolgten nochmaligen Zahlung einen Anspruch auf Rückforderung der an den G.Schuldner selbst geleisteten Zahlung nach Civilrecht hat, ist der Anspruch eine Gegenleistung der durch Anfechtung beseitigten Liberation, also K.Forderung im Sinne und Umfange des § 38 Satz 2. Vgl. Stieglitz Anm.; a.M. Sarwey-Bossert Anm. 2.

6) Mit der Forderung leben auch die mit ihr verbundenen, am Vermögen des G.-Schuldners vorhanden gewesenen **Pfand- oder sonstige Absonderungsrechte** wieder auf; soweit das Substrat dafür noch da ist, d. h. entweder die Gegenstände selbst oder ihr Erlös, und wenn nicht das Absonderungsrecht selbst mit der Anfechtung unterliegt; **RG.** 3, 208; 20, 157.

Ohne Einfluß ist der nur auf das K.Verhältniß anwendbare § 39 auf das Rechtsverhältniß des zurückgewährenden Gegners zu seinen **Mitschuldnern und Bürgen**, das aber trotzdem, als Folge der Beseitigung der Tilgung der Forderung, wieder in Kraft tritt. **ROHG.** 20, 146; Dernburg 2 § 131 Nr. 3. **RG.** 3, 208.

§ 40 (33).

Die gegen den Erblasser begründete Anfechtung findet gegen den Erben statt.

Gegen einen anderen Rechtsnachfolger desjenigen, welchem gegenüber die anfechtbare Handlung vorgenommen ist, findet die gegen den letzteren begründete Anfechtung statt:

1. wenn ihm zur Zeit seines Erwerbes die Umstände, welche die Anfechtbarkeit des Erwerbes seines Rechtsvorgängers begründen, bekannt waren;
2. wenn er zu den im § 31 Nr. 2 genannten Personen gehört, es sei denn,

Digitized by Google

daß ihm zur Zeit seines Erwerbes die Umstände, welche die Anfechtbarkeit des Erwerbes seines Rechtsvorgängers begründen, unbekannt waren;

3. wenn ihm das Erlangte unentgeltlich zugewendet worden ist.

Im Falle des Abs. 2 Nr. 3 findet auf die Haftung des Rechtsnachfolgers die Bestimmung des § 37 Abs. 2 Anwendung.

E. I. 39. P. 109. K.O.N.

1. Allgemeine Voraussetzungen.
2. Recht der Anfechtung gegen den Erben.
3. Zwischenglied zwischen Erben und anderen Rechtsnachfolgern.
4. Rechtsnachfolger im Sinne des Abs. 2.
5. Voraussetzungen für die Anfechtung gegen den Rechtsnachfolger.
6. Zu Nr. 1 u. 2 des Abs. 2.
7. Unerheblichkeit der Vorschriften des bürgerlichen Rechts.
8. Pflichten und Rechte der Rechtsnachfolger für Abs. 2.
9. Zu Nr. 3 des Abs. 2.
10. Mehrheit der Anfechtungsgegner als Gesammtschuldner.

1) Im § 40 ist vorgeschrieben, unter welchen **Voraussetzungen** die K.Anfechtung **gegen Dritte** erfolgen kann, die nicht erste Erwerber oder Vertrags- oder Handlungsgenossen des G.Schuldners bei der anfechtbaren Handlung sind, sondern deren Universal- oder Singular-Successoren. Vgl. über das gemeine Recht: Windscheid 2, § 463; Civil. Arch. 62, 368—395; Otto S. 113—117. Grützmann S. 76 ff. Für französ. R. vgl. **RG.** 1, 200. Preuß. K.O. v. 8. Mai 1855 § 109; de lege ferenda vgl. Cosack S. 306—313.

In allen Fällen der Abs. 1 und 2 ist **Voraussetzung**, daß gegen den Rechtsvorgänger die K.Anfechtung „begründet" ist und ist es andererseits in Ermangelung einer Unterscheidung im Gesetze gleichgültig, aus welcher der Vorschriften der §§ 29 ff. die Anfechtung begründet ist, vgl. Anm. 11, sowie ob die Anfechtung **gegenüber** dem Rechtsvorgänger bereits erfolgt ist oder nicht. Ueber die Anwendung des § 40, wenn der G.Schuldner selbst Rechtsnachfolger des früheren Erwerbers wird, vgl. Anm. 18 zu § 29; **RG.** 25, 412.

2) **Gegen den Erben kann das Anfechtungsrecht**, das gegen einen Erblasser als Anfechtungsgegner nach §§ 29—32 oder auch nach § 40 begründet ist, nebst allen Verpflichtungen, die gegen den Erblasser nach §§ 29, 37 begründet sind, geltend gemacht werden, ohne Rücksicht auf die eigene bona fides des Erben. Der Erbe muß sie ebenso, wie andere Verpflichtungen des Erblassers gegen sich gelten lassen, und hat für die vom Erblasser oder von ihm selbst gegebene Gegenleistung dieselben Rechte im Umfange der §§ 38, 39. Wieweit ein Erbe, bezw. einer von Mehreren haftet, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden; vgl. §§ 1967—2017 und 2058—2063 B.G.B., C.P.O §§ 780 bis 785. Für die im Abs. 1 behandelte Anfechtung ist eine Zuwendung an den Erblasser vorausgesetzt und entscheidet dessen Kenntniß, da die Anfechtung gegen ihn begründet sein muß. Wie der Erbe ist nach §§ 45, 46 B.G.B. der Fiskus zu behandeln, wenn ihm das Vermögen eines aufgelösten oder rechtsunfähig gewordenen Vereins zugefallen ist. Sind Rechtshandlungen, an denen der Erbe selbst theilnahm, anfechtbar, so ist deren Anfechtung gegen diesen direkt aus §§ 29—32 zu richten. — Falls der Schuldner, der anfechtbare Handlungen vorgenommen hat, stirbt und über seinen Nachlaß Konkurs eröffnet wird, ist die Anfechtung seiner Handlungen oder derjenigen seiner Erben nach den §§ 29 ff. ebenfalls zulässig, vgl. Anm. zu § 214. Im § 40 ist dieser Fall jedoch nicht behandelt, sondern die Eigenschaft des Erblassers als früheren Erwerbers oder Genossen des G. Schuldners vorausgesetzt, da gegen den G.Schuldner selbst ein Anfechtungsprozeß im Konkurse nicht stattfindet, Anm. 18 zu § 29.

3) **Zwischen dem Erben und dem** in Abs. 2 u. 3 behandelten **„anderen Rechtsnachfolger"** steht der Rechtsnachfolger, der auf Grund eines Rechtsgeschäftes die gesammten Verbindlichkeiten seines Rechtsvorgängers übernommen hat. Das ist der Erbschaftskäufer (§§ 2371 ff. B.G.B.), der Vermögensübernehmer (§ 149 B.G.B.), der Erwerber und Weiterführer eines unter Lebenden erworbenen kaufmännischen Geschäfts mit Firma (§ 25 H.G.B.). Alle diese Personen müssen den gegen ihren Rechtsvorgänger entstandenen Anfechtungsanspruch befriedigen, wenn dies zu dessen Verbindlichkeiten gehört hat; sie können sich mit ihrer bona fides nicht schützen. Das Anfechtungsrecht selbst aber

Digitized by Google

kann (gegen Jäger Anm. 5 zu § 40) unabhängig von den Voraussetzungen der Abs. 2 u. 3 gegen sie nicht geltend gemacht werden, weil sie keine Gesammtrechtsnachfolger sind, nur auf diese aber die für Erben gegebene Bestimmung des § 40 durch Analogie ausgedehnt werden könnte. Die Anfechtungserklärung muß in allen diesen Fällen, soweit die Personen aus der Schuldübernahme in Anspruch genommen werden sollen, deren Rechtsvorgänger gegenüber abgegeben werden.

4) Im Abs. 2 u. 3 handelt es sich um die außer der Erbfolge begründete Nachfolge im Rechte des ersten Erwerbers, „welchem gegenüber" — d. h. um die Fälle des § 30, worin eine Rechtshandlung des G.Schuldners nicht nöthig ist, mit einzuschließen, „zu dessen Gunsten" — die anfechtbare Handlung vorgenommen ist. Der **„Rechtsnachfolger" im Sinne des Abs. 2** ist jeder Dritte, der auf Grund des Rechts des ersten Erwerbers die durch die anfechtbare Handlung entäußerten Sachen oder Rechte erwarb, der Besitzer solcher Gegenstände, der Inhaber der vom G.Schuldner durch die Handlung begründeten Pfand- oder Hypothekenrechte oder Obligationen, somit (außer den Erben) jeder Rechtsnachfolger des ersten Erwerbers oder des Handlungsgenossen des G. Schuldners, sowie der Rechtsnachfolger eines solchen Nachfolgers. Der Cessionar des Mitkontrahenten des Schuldners ist also Rechtsnachfolger im Sinne des § 40. So auch, wenn ihm der erste Erwerber die von ihm gegen den Schuldner erstrittene Forderung mit dem dafür erlangten Pfändungspfandrechte abgetreten hat, **RG. 32**, 22. Ob die Cession vor oder nach der K.Eröffnung stattgefunden hat, ist dabei gleichgültig, **RG. 34**, 62. Es ist überhaupt nicht Vorbedingung der weiteren Anfechtung, daß dem Dritten dasselbe Recht an der Sache zusteht, wie dem Vorgänger. Auch die Einräumung eines andern Rechts, z. B. eines Pfandrechts, genügt zur Herstellung einer Rechtsnachfolge. **RG. 9**, 84 ff.; **15**, 371, 25. Mai 1897, J.W. 346; ebenso ein durch Zwangsvollstreckung erworbenes Recht, **RG. 39**, 83. Vgl. Anm. 38 zu § 30. Auch der Indossatar, wenngleich er nicht absolut Rechtsnachfolger des Indossanten ist, da er selbständige Rechte erhält, R.O.H. **24**, 3, **RG.** 16. Febr. 1888 J.W. 132, ist nach der ratio legis als dessen Rechtsnachfolger im Sinne des § 40 anzusehen, weil immerhin die Rechte aus dem Wechsel auf ihn übergehen. Wenn aber ein Gläubiger seine Forderung einem Andern cedirt und dieser erst die anfechtbare Rechtshandlung mit dem G.Schuldner vornimmt, so ist die Anfechtung nach den §§ 30 ff. gegen den Cessionar selbst zu richten. Der Cessionar ist dann nicht Rechtsnachfolger im Sinne des § 40 Abs. 2, sondern selbst Vertragsgenosse des G.Schuldners. Die Bezeichnung: „derjenige, welchem gegenüber die anfechtbare Handlung vorgenommen ist," soll auch den Geschenknehmer des § 32 einschließen.

5) Erste Voraussetzung für die Anfechtung gegen solchen Rechtsnachfolger ist, daß **gegen** den Vorgänger, dem gegenüber die anfechtbare Handlung vorgenommen ist (den Vertrags- oder Handlungs-Genossen des G.Schuldners, **den unmittelbaren Anfechtungsgegner**), die Anfechtung begründet ist. Diese Voraussetzung muß der anfechtende Verwalter in jedem Falle (außer den Bedingungen zu Nr. 1—3 des § 40) zur Begründung seines Anspruchs gegen den Rechtsnachfolger nachweisen. Strieth. **85**, 334. Er ist dabei hinsichtlich des Grundes der Anfechtung, aus welchem der §§ 29—32 es auch sei, nicht beschränkt. Den Nachweis hat er im Prozesse gegen den nunmehrigen Anfechtungsgegner zu führen. Er kann den Beweis selbst dann antreten, wenn die Zulässigkeit der Anfechtung gegen den ersten Anfechtungsgegner bereits rechtskräftig abgewiesen ist, sofern nicht die Rechte aus dieser Entscheidung auf den jetzigen Anfechtungsgegner mit übergegangen sind. Die mit Bezug auf Obtr. **22**, 113, Strieth. **6**, 1 in den Mot. 151 ausgesprochene Ansicht, daß die Entscheidung ein materielles Präjudiz für den letzteren bilde, war schon früher in dieser Allgemeinheit unhaltbar. In jenem Urtheil des Ober-Tribunals ist der Vorentscheidung nur deshalb die Judikatswirkung beigemessen, weil der Gegner Cessionar des Vorgängers war, gegen den die Anfechtung hinsichtlich der cedirten Forderung abgewiesen war und weil in Folge der Cession nach A.L.R. I. 11 § 402 die Rechte aus diesem Urtheile auch dem Cessionar zustanden. Ob es an der Voraussetzung fehlt, ist, abgesehen von solcher besonderen Wirkung einer Vorentscheidung, nur eine

Digitized by Google

unter den Prozeßparteien zu beweisende und zu entscheidende Frage. Franke im civil. Arch. 62, 494; Otto S. 116; Grützmann S. 207, 208; Meisner S. 146; Hartmann S. 199; Cosack S. 320, 324; Wolff Absond.R. S. 284; Sarwey-Bossert Anm. 5; a.M. Stieglitz Anm. III.; Jaeckel S. 139, 140; Völderndorff 1, 422; Hullmann, Wengler zu § 33; Endemann S. 280; vgl. Petersen-Kleinfeller Anm. 1. Jetzt ist die Frage auch schon durch § 425 Abs. 2 B.G.B. entschieden, vgl. Anm. 8. Prozessualisch ist nach der Fassung des § 40 nicht nöthig, daß außer dem Rechtsnachfolger zugleich der Vertragsgenosse des G. Schuldners oder ein anderer Rechtsnachfolger verklagt werden oder vorher verurtheilt sein müsse; das Anfechtungsrecht kann gegen den Rechtsnachfolger allein ausgeübt, die Klage gegen ihn allein erhoben werden. RG. 12. Nov. 1891, J.W. 572, Raff.K. 36, 464. Mot. 150, 151. Vgl. Anm. 18 zu § 29. Obtr. 49, 356. Strieth. 46, 204; 65, 150; 85, 339. Auch die Verurtheilung des ersten Anfechtungsgegners steht ihm nicht entgegen.

6) Zu Nr. 1 und 2 des Abs. 2. Die einzelnen Fälle des Abs. 2 lassen sich jetzt in zwei Gruppen unterscheiden, je nachdem nämlich der Erwerb des Rechtsnachfolgers entgeltlich oder unentgeltlich gewesen ist. Die Nummern 1 und 2 umfassen den entgeltlichen Erwerb und unterscheiden sich untereinander nur durch die Regelung der Beweislast, die für den Fall, daß der Rechtsnachfolger einer der im § 31 Nr. 2 genannten Verwandten des unmittelbaren Anfechtungsgegners ist, gerade so wie im § 31 Nr. 2 dem Rechtsnachfolger aufgebürdet ist. Es beruht das mit Rücksicht auf das Verwandtschaftsverhältniß und die häufigen Erfahrungen über zwischengeschobene Personen auf der Vermuthung, daß der Rechtsnachfolger in der That, die eine Anfechtung begründenden Umstände gekannt habe, also ebenso zu behandeln ist als wenn er unmittelbarer Erwerber wäre. Mot. 153. — Die Form, in der die Frage der Beweislast geregelt ist, entspricht dem Sprachgebauch des B.G.B. Vgl. Planck, B.G.B. I. S. 45 unter 2.

Im Uebrigen enthalten die Nummern 1 und 2 in der neuen Fassung der K.O. gegen früher zwei Aenderungen. Nach der früheren Fassung kommt es im Falle der Nr. 1 auf die Kenntniß von der Benachtheiligungsabsicht des G.Schuldners an, im Falle der Nr. 2 mit einer etwas anderen Fassung auf die Kenntniß von den Umständen, welche die Anfechtbarkeit des Erwerbes des Rechtsvorgängers begründen. In Nr. 2 ist stets „des Rechtsvorgängers" gesetzt „seines Rechtsvorgängers" und dann Nr. 1 mit Nr. 2 in volle Uebereinstimmung gebracht. Durch die Hauptänderung der Nr. 1. sind zunächst der Anfechtung gegen den Rechtsnachfolger auch diejenigen Rechtshandlungen unterworfen, die von dem G.Schuldner selbst vorgenommen sind oder bei denen der Nachweis einen Benachtheiligungsabschluß des G.Schuldners nicht erforderlich ist und nicht erbracht werden kann, § 30, vgl. RG. 32, 25. Ferner ist durch die Betonung des Umstandes, daß der Erwerb „seines" Rechtsvorgängers den Gegenstand der mala fides bilden soll, im Falle des Erwerbs von einem Zwischenrechtsnachfolger, dessen Erwerb nach den Vorschriften dieses Paragraphen unanfechtbar war, die Anfechtung ausgeschlossen, während die bisherige No. 1 die Anfechtung in diesem Falle zuließ. Um den nach Nr. 1 erforderlichen Beweis zu führen, ist hiernach die Anfechtbarkeit des Erwerbes aller Zwischennachfolger und die Kenntniß des Nachfolgers, gegen den die Anfechtung erfolgt, von den Umständen, die bei jedem dieser Erwerbe die Anfechtbarkeit begründen, also namentlich von der Kenntniß der Zwischennachfolger erforderlich. Umgekehrt genügt im Falle der Nr. 2 der Beweis, daß einer der Zwischennachfolger unanfechtbar, namentlich also ohne Kenntniß von der Anfechtbarkeit eines früheren Erwerbes, erworben hat. Bei einer Reihenfolge mehrerer Erwerbe können auch abwechselnd Nr. 1 und Nr. 2 zur Anwendung kommen.

Auf die jetzige Gestattung der Anfechtung gegen Rechtsnachfolger des ersten Erwerber finden die Vorschriften des § 9 des E.G. z. K.O. in der Art Anwendung, daß in einem unter der Herrschaft der K.O.N. eröffneten K.Verfahren die Vorschriften der K.O.N. Anwendung finden, sofern nicht die Anfechtung nach den bisherigen Vorschriften ausgeschlossen oder in geringerem Umfange zulässig war. Der § 9 E.G. spricht von den vor dem Tage des Inkrafttretens der K.O. vorgenommenen Rechtshandlungen. Das paßt nicht auf die nach § 42 anfechtbaren nach der Eröffnung des Verfahrens angenommenen Rechts-

Digitized by Google

handlungen. Entscheidend ist, daß das K.Verfahren unter der Herrschaft der K.O.N. eröffnet ist.

7) Liegen die im § 40 (Anm. 5, 6, 11) angegebenen Voraussetzungen vor, so stehen sonstige Vorschriften des bürgerlichen Rechts, insbesondere auch der öffentliche Glaube des Grundbuchs, §§ 892 ff. B.G.B., oder Folgerungen des Grundsatzes: „Hand muß Hand wahren", §§ 932 ff. B.G.B., §§ 336 H.G.B., dem Anfechtungsrechte nicht entgegen. Welche Kenntniß und welcher gute Glaube den Anspruch begründen oder ausschließen können, ist nur aus dem Systeme der §§ 29–40 zu beantworten. Vgl. die absichtliche Weglassung des entsprechenden Vorbehalts im E. 1 § 39 a. F. und Mot. v. 1873 S. 198; sowie Mot. 118.

8) **Pflichten und Rechte der Rechtsnachfolger für Abs. 2.** Sofern die gegen den Vorgänger begründete Anfechtung gegen den Rechtsnachfolger „stattfindet", treten dadurch auch die gleichen Wirkungen ein; indeß nur, soweit das hierdurch gesetzlich begründete unmittelbare Forderungsverhältniß des Verwalters und des Nachfolgers als Gegners in Folge der Unwirksamkeitsauflösung *diesem* gegenüber seine Pflicht zur Herausgabe des von *ihm* der Masse Vorenthaltenen und sein Recht für das von *ihm* an die Masse und den G.Schuldner Geleistete oder bei Auflösung des Rechtsgeschäfts Zurückzufordernde begründet. Dies folgt aus der Vorschrift, daß die Anfechtung gegen ihn „stattfindet" und die Unwirksamkeit nach § 29 sich auf sein Verhältniß gegenüber den K.Gläubigern beschränkt.

Die Wirkungen *gegen* den Anfechtungsgegner und seine Verpflichtungen sind daher für die Fälle des Abs. 2 im Allgemeinen dieselben, wie nach §§ 29, 37 hinsichtlich des ersten Erwerbers und zwar nach § 37 Abs. 1, da sie gerade den Zweck und Inhalt der Anfechtung bilden, die nach § 40 „stattfinden" soll. Ob der Gegner selbst die Sache, das Recht oder den Werth, die er zurückgewähren soll, unentgeltlich erworben oder (wenngleich auch im vollen Werthe) bezahlt hat, begründet nach dem Gesetze für das Stattfinden der Anfechtung „gegen" ihn keinen Unterschied. Indeß beschränkt sich die Verpflichtung zur Rückgewähr nach Obigem auf dasjenige, was *er* als Rechtsnachfolger übernommen hat, der Masse entzog, vorenthält oder gewähren kann oder konnte. Soweit schon sein Autor über Anfechtungsobjekte oder einen Theil davon anderweit verfügt hatte, ist hierfür nicht der Rechtsnachfolger verpflichtet und ist er überhaupt insoweit nicht Rechtsnachfolger.

Seine Rechte hinsichtlich der Gegenleistung sind dieselben, wie sie § 38 zunächst nur für den ersten Erwerber bestimmt. Aus dem Verhältnisse des § 38 zu § 37 (vgl. Anm. 2 zu § 38) folgt, daß er gegen die K.Masse oder als K.Gläubiger keinesfalls mehr beanspruchen kann, als das dem Vorgänger nach § 38 Gebührende. Für das, was er seinem Rechtsurheber als Entgelt gegeben hat, kann er sich nur an diesen halten. (Vgl. Cosack S. 322, der irrthümlich den Verfasser als in dieser Beziehung anderer Ansicht bezeichnet.) Wie er nur aus seinem Verhältnisse zur K.Masse haftet, was sich namentlich zeigt, wenn er nur einen Theil des der Masse Entzogenen erworben hat, so kann er auch nur *sein* Recht gegen die Masse geltend machen (gegen Grützmann S. 238 Anm. 765). Er hat daher ein unbedingtes Recht nur auf die von *ihm* gegebene, in der Masse befindliche oder sie bereichernde Gegenleistung (§ 38 Satz 1) und muß für den darüber hinaus als K.Forderung geltend zu machenden Anspruch (§ 38 Satz 2) nachweisen, daß *er* nach bürgerlichem Rechte einen solchen Anspruch hat. Auch nach dem Wortlaute ist nach § 38 Satz 1 (gegen Völderndorff I, 428) die Gegenleistung bei erfolgreicher Anfechtung zu „erstatten", d. h. demjenigen zurückzugeben, der sie gemacht hat. Kohler S. 268. Nach dem bürgerlichen Rechte bestimmt es sich, ob auch hinsichtlich der vom *Vorgänger* gegebenen Gegenleistung der Rechtsnachfolger kraft Gesetzes, wenn er zur Masse zurückgewährt, in die Rechte des Vorgängers tritt; — oder ob er zur Geltendmachung der Rechte des Vorgängers seiner Cession bedarf. Vgl. § 12; Preuß. A.L.R. I. 16 §§ 47, 48. Da das B.G.B. jenes Eintrittsrecht ohne Cession nicht gestattet, „so bleibt es bei der Verpflichtung des Verwalters, die in der Masse rechtlos befindliche Gegenleistung demjenigen, der sie gemacht hat, herauszugeben" Mot. 153. Sofern der Nachfolger gegen diesen Vorgänger einen

Digitized by Google

Regreßanspruch hat, mag er sich dessen Anspruch exekutivisch überweisen lassen. Stieglitz Anm. IV. zu § 31 (a. F.); Sarwey-Bossert Anm. 5; Mandry-Geib S. 554f; Fitting § 18 zu II; Otto S. 182.

9) **Zu Nr. 3 des Abs. 2 und Abs. 3.** Diese Vorschrift ist aus Billigkeitsrücksichten neu hinzugefügt. Sie entspricht einem Grundsatz, der auch im B.G.B. Anwendung gefunden hat, vgl. § 816 Abs. 1 Satz 2, § 822 B.G.B. und Motive zu K.O. N. S. 34. — Wenn der Empfänger der unentgeltlichen Leistung im guten Glauben ist, beschränkt sich seine Haftung auf die Herausgabe der Bereicherung. Es gilt hier alles zu § 37 Abs. 2 Gesagte. (Anm. 12—14.)

10) Durch die Zulässigkeit der Anfechtung gegen einen Rechtsnachfolger wird nicht bestimmt, daß die Anfechtung gegen den Vorgänger nicht ebenfalls erfolgen könne. Es kann also nebeneinander eine **ganze Reihe von Anfechtungsgegnern** bestehen, von dem ersten unmittelbaren bis zum letzten Rechtsnachfolger. Alle haften aus demselben Rechtsgrunde und schulden dieselbe Leistung: Rückgewähr des der Masse Entzogenen, die der Gläubiger nur einmal zu fordern berechtigt ist. Sie haften deshalb als **Gesammtschuldner** gemäß § 421 B.G.B. und es kann der Anfechtungsanspruch gegen jeden selbständig oder gegen Alle oder Mehrere gemeinsam geltend gemacht werden (vgl. Jäger Anm. 22 zu § 40). **RG.** 12. Novbr. 1891, J.W. 572; 5. Mai 1893, J.W. 308. Keiner hat für sich eine Einrede aus der Person der Anderen; nur objektiv hat der Verwalter die Einrede gegen sich gelten zu lassen, daß, soweit der Masse das Entzogene schon von Anderen zurückgeführt ist, ein nach § 37 hierauf gerichteter Anspruch überhaupt nicht mehr besteht. Die gleichzeitige Verfolgung Mehrerer hat dies in den Anträgen zu berücksichtigen; eine gleichzeitige Klage auf Rückgewähr in Natur gegen einen Rechtsnachfolger und auf Gewährung des Werths gegen den ursprünglichen Empfänger verlangt eine entsprechende, die Doppelgewährung ausschließende Formulirung des Antrags. Wird außer der Rückgewähr in Natur noch ein Werthersatz verlangt, so ist dies durch den Nachweis zu begründen, daß die Rückgewähr in Natur nicht ausreicht, um dem Zwecke des § 37 zu entsprechen (etwa wegen Verschlechterung der Sache ꝛc.). **RG.** 27, 24; vgl. Stieglitz Anm. III. Note b; Otto S. 177, 178, 167; Eccius 1, § 114 zu 9; Fitting § 18 Anm. 13. Eine nothwendige Streitgenossenschaft oder eine einheitlich zu behandelnde im Sinne des § 62 C.P.O. liegt deshalb allein, weil zugleich gegen den Rechtsnachfolger und den Vorgänger geklagt wird, ohne besondere Umstände noch nicht vor; die Beklagten sind Streitgenossen im Sinne des § 61 C.P.O. **RG.** 9. Dezbr. 1882, Raff.K. 27, 1140.

§ 41. (34.)

Die Anfechtung kann nur binnen Jahresfrist seit der Eröffnung des Verfahrens erfolgen. Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften des § 203 Abs. 2 und des § 207 des Bürgerlichen Gesetzbuches entsprechende Anwendung. Die Anfechtung nach § 31 Nr. 1 ist ausgeschlossen, wenn seit der Vornahme der Handlung 30 Jahre verstrichen sind.

Ist durch die anfechtbare Handlung eine Verpflichtung des Gemeinschuldners zu einer Leistung begründet, so kann der Konkursverwalter die Leistung verweigern, auch wenn die Anfechtung nach Abs. 1 ausgeschlossen ist.

K.O.N.

1. Ausschlußfrist, nicht Verjährungszeit.
2. Wirkung der Ausschlußfrist.
3. Ausnahmen:
   a. § 206 Abs. 2 u. § 207 B.G.B.
   b. Abs. 2.
4. Zeitliche Bestimmung der Ausschlußfrist.
5. Berechnung der Frist.

1) Eine **Ausschlußfrist, nicht eine Verjährungszeit** bestimmt für die Geltendmachung des Anfechtungsrechtes die neue Fassung der K.O. im Gegensatz zur alten. Sie bringt so die

Digitized by Google

Konkursanfechtung in diesem Punkte in Uebereinstimmung mit der Anfechtung des bürgerlichen Rechts. Nach dem B.G.B. ist das Recht, ein Rechtsgeschäft anzufechten, nicht der Verjährung unterworfen, weil es diese nur für „Ansprüche" giebt (§ 194 B.G.B.), das heißt für „das Recht, von einem Andern ein Thun oder ein Unterlassen zu verlangen". Ein solches Recht entsteht für den Anfechtungsberechtigten aber erst nach erfolgter Anfechtung (§ 37). Dies Recht, der Anfechtungs*anspruch*, unterliegt deshalb der Verjährung und zwar in Ermangelung besonderer Vorschrift der ordentlichen dreißigjährigen des § 195 B.G.B. Die Anfechtung selbst aber ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, das Recht, sie abzugeben, ist kein Anspruch. Solche Rechte unterwirft das B.G.B. einer Ausschlußfrist, nach deren Ablauf sie nicht mehr geltend gemacht werden können, und im Anschluß daran hat auch die K.O. die zeitliche Begrenzung des K.Anfechtungsrechtes geregelt.

2) **Die Wirkung der Ausschlußfrist** ist Erlöschen des für seine Geltendmachung an sie gebundenen Rechtes. Sie giebt deshalb nicht dem Gegner nur eine Einrede, sondern wirkt absolut, sodaß sie auch von Amtswegen zu berücksichtigen ist, und ist an sich keiner Unterbrechung oder Hemmung unterworfen wie die Verjährung.

3) Doch macht das Gesetz zwei positive **Ausnahmen.**

a. **§§ 203 Abs. 2 und 207 B.G.B.** finden aus Billigkeitsrücksichten Anwendung. Die Frist läuft nicht, solange der Anfechtungsberechtigte durch höhere Gewalt an der Anfechtung gehindert ist (§ 203 Abs. 2) und sie endigt, wenn das Anfechtungsrecht einem Nachlaß gegenüber erfolgen muß, nicht vor Ablauf von 6 Monaten nach dem Zeitpunkte, in dem die Erbschaft von dem Erben angenommen, oder in dem für den Nachlaß ein Vertreter bestellt worden ist (§ 207 Satz 1; Satz 2 paßt nicht hierher).

b. **Nach Absatz 2** bleibt dem K.Verwalter auch nach Ablauf der Ausschlußfrist die Einrede erhalten. Auch diese Ausnahme ist aus Billigkeitsrücksichten gemacht. „Es würde dem Rechtsbewußtsein widersprechen, wenn dem Anfechtungsgegner die Berufung auf den Ablauf der Anfechtungsfrist gestattet würde." (Begründung Seite 35.) Es ist mit dieser Bestimmung die Streitfrage des früheren Konkursrechts gelöst, für das in den früheren Auflagen dieses Buchs (Anm. zu § 34) das Erhaltenbleiben einer Einrede nach Ablauf des Verjährungsjahres gegen Dernburg 2 § 131 Anm. 11, Mandry S. 481, Kohler S. 270 abgesprochen wurde. — Ebenso ist auch die Replik der Anfechtung über die Ausschlußfrist hinaus gegeben, sofern das Vorbringen der Replik nicht eine Klageänderung bedeutet. Vgl. A. 15 c zu § 29.

Beide Ausnahmen haben in der Anfechtung des B.G.B. ihre Analogie im § 124 B.G.B. für Ausnahme a, im § 853 B.G.B. für Ausnahme b.

4) **Die zeitliche Bestimmung der Ausschlußfrist** ist in zweifacher Weise erfolgt. Die Anfechtung muß innerhalb eines Jahres nach der K.Eröffnung erfolgen, es dürfen aber, wenn die Anfechtung auf § 31 Nr. 1 gestützt werden soll, auch noch nicht 30 Jahre seit der Vornahme der anfechtbaren Rechtshandlung verstrichen sein. Zu berücksichtigen bleibt für beide Fristen das oben Anm. 2b Gesagte, wogegen die in Satz 2 bestimmten Hemmungen und Verlängerungen der Frist auf die dreißigjährige Verjährungsfrist keine Anwendung finden.

5) **Für die Berechnung der Frist** ist zunächst zu bemerken, daß sie ohne Rücksicht auf die Kenntniß des Verwalters von Anfechtungsgründen mit dem Tage der K.Eröffnung zu laufen beginnt. Es gelten für sie sodann nach § 186 B.G.B. die Vorschriften der §§ 187, 188, 192 B.G.B. Die Frist ist keine prozessuale, die Gerichtsferien sind daher ohne Einfluß.

§ 42. (neu.)

Die Vorschriften über die Anfechtung der vor der Eröffnung des Verfahrens vorgenommenen Rechtshandlungen gelten auch für die Anfechtung von Rechtshandlungen, die nach der Eröffnung des Verfahrens vorgenommen worden sind, sofern diese nach den §§ 892, 893 des Bürgerlichen Gesetzbuchs

Digitized by Google

den Konkursgläubigern gegenüber wirksam sind; die Frist für die Ausübung des Anfechtungsrechts beginnt mit der Vornahme der Rechtshandlung.

K.O.N.

1. Grund der Einfügung des § 42.
2. Anwendung der Vorschriften über die Anfechtung.
3. Beweislast für den guten Glauben.
4. Zeitpunkt der Kenntniß des Anfechtungsgegners vom Anfechtungsgrunde.

1) **Der Grund der Einfügung des § 42** in die K.O. war die Bestimmung des § 7, daß zu Gunsten des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs Rechtshandlungen auch dann wirksam sein sollen, wenn sie von dem durch die K.Eröffnung verfügungsunfähig gewordenen G.Schuldner vorgenommen sind. Solche Rechtshandlungen sind damit denen gleichgestellt, die der G.Schuldner vor der K.Eröffnung vorgenommen hat, und es ist nur die nothwendige Folge jener Bestimmung, daß sie nun auch den Vorschriften über die Anfechtung unterworfen sind. Zu dem rechtsgeschäftlichen Erwerb, der durch die §§ 892, 893 B.G.B. geschützt ist, gehört auch der Fall, daß der G.Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt ist, und die den Erwerb vermittelnde Eintragung in das Grundbuch auf Grund des rechtskräftigen Urtheils erfolgt.

2) **Die Anwendung der Vorschriften über die Anfechtung** ist unbeschränkt ausgesprochen. Es sind also alle Fälle der Anfechtung auch bei den hier in Frage stehenden Rechtshandlungen möglich, auch die gegen den Rechtsnachfolger gerichteten; vgl. Jäger Anm. 1 zu § 42 gegen Kleinfeller, Zeitschrift für Civ.Prozeß 28, S. 91. Die Vorschriften der § 31 Nr. 2 und § 32 kommen mit der Maßgabe zur Anwendung, daß die Handlungen in jedem Falle als unmittelbar vor der K.Eröffnung, also innerhalb der dort bestimmten Zeiten vorgenommen anzusehen sind.

3) **Die Beweislast für den guten Glauben** trifft in den Fällen der §§ 30 N. 2 und 31 N. 2 den Anfechtungsgegner, weil die Vermuthung des bösen Glaubens, die in den citirten Paragraphen enthalten ist, ebenso, wenn nicht stärker, wie in den Fällen, wo die anfechtbare Rechtshandlung vor der K.Eröffnung vorgenommen ist, da wirken muß, wo sie nach der K.Eröffnung erfolgt ist.

4) **Als Zeitpunkt der** für die Anfechtbarkeit erheblichen **Kenntniß des Anfechtungsgegners** vom Anfechtungsgrunde ist da, wo für den Erwerb des Rechtes die Eintragung in das Grundbuch erforderlich ist, gemäß § 892 Abs. 2 B.G.B. auch hier die Zeit der Stellung des Antrages festzuhalten. Vgl. Anm. 13 zu § 30.

Vierter Titel.
Aussonderung.

Die K.Masse, § 1, soll nur das Vermögen des G.Schuldners umfassen und fremdes Eigenthum ausschließen. Der Verwalter muß es ausscheiden, § 6, und zwar zufolge §§ 1, 117 von Amtswegen, sobald er von den entsprechenden Rechtsverhältnissen Kenntniß erhält. Der Beanspruchende ist nicht K.Gläubiger, da er nichts vom Vermögen des G.Schuldners, sondern eigenes Vermögen fordert, § 3. Er braucht sich deshalb im Konkurse nicht gleich den K.Gläubigern zu melden. Die gemeinrechtliche Behandlung der s. g. Vindikanten (Separatisten ex jure dominii), wodurch sie genöthigt wurden, sich im Konkurse zu melden, ist durch die K.O. aufgegeben. Wird der Anspruch nicht anerkannt oder wird ihm nicht freiwillig entsprochen, so ist er im Wege des Civilprozesses durch Klage zu verfolgen. Aus dem Amte des Verwalters, § 6, folgt, daß die Frage, ob die beanspruchte Sache zur Masse gehört oder nicht, gegenüber dem Verwalter als dem Vertreter des G.Schuldners hinsichtlich des Umfangs der K.Masse anzufechten und gegen ihn geltend zu machen ist. Ueber Recht und Pflicht des Verwalters bezüglich der Aussonderung und in Aussonderungsprozessen den G.Schuldner mit Rechtswirksamkeit gegen diesen zu vertreten, vgl. Anm. 6 zu § 6.

Digitized by Google

Zur Bezeichnung der Ansprüche ist der Ausdruck: Aussonderungsansprüche gewählt, weil die Bezeichnung: Vindikationsansprüche (P.) zur Bezeichnung dessen, was nach der K.O. ausgesondert verlangt werden kann (vgl. Anm. 2, 5 zu § 43), zu eng ist. Mot. 154 bis 157.

Alle landesgesetzlichen Vorschriften über die Aussonderung aus der Masse sind in Folge des § 4 E.G. aufgehoben; die Einführung neuer ist unstatthaft, mögen sie eine Ausdehnung oder Beschränkung der Aussonderung bestimmen. Demgemäß waren schon für das Preußische Recht die §§ 24, 25 P. beseitigt, desgleichen Art. 17 Nr. 3 der Hamburger Fallitenordnung. Nur sofern eine Vorschrift des bürgerlichen Landesrechts auf den diesem überlassenen Gebieten für den Konkursfall die Konsequenz hat auch außerhalb des Konkurses geltenden allgemeinen Rechtsnormen giebt, bleibt sie in Folge dessen auch ferner für den K. bestimmend. — Die Aussonderungsvorschriften sind insofern zwingender Natur, als durch Rechtsgeschäft ein weitergehendes Aussonderungsrecht nicht begründet werden kann (RG. 41, 1).

Die K.O.N. hat an dem 4. Titel nichts geändert, dagegen haben die nach § 43 bestimmenden „außerhalb des K.Verfahrens geltenden Gesetze" durch das B.G.B. und die gleichzeitig mit diesem in Kraft getretenen Gesetze eine durchgreifende Aenderung erlitten. In Betracht kommt außerdem das Gesetz betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Werthpapiere vom 5. Juli 1896 (R.G.Bl. S. 193), das auf die Sicherung der Aussonderungsansprüche abzielt.

---

§ 43. (35.)

Die Ansprüche auf Aussonderung eines dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstandes aus der Konkursmasse auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechtes bestimmen sich nach den außerhalb des Konkursverfahrens geltenden Gesetzen.

E. I. 40. P. 24. 25.

1. Gegenstände der Aussonderung.
2. Gegenstände, die dem G.Schuldner nicht gehören.
3. Gegenstände, die in der K.Masse sind.
4. Dingliches Recht als Grund der Aussonderung.
5. Persönliches Recht als Grund der Aussonderung.
6. Inhalt des Aussonderungsanspruchs.
7. Verfahren im Streitfalle.
8. Aussonderung des Nießbrauchs an einem Vermögen oder Nachlaß und der ehemännlichen Nutznießung am eingebrachten Gute.

1) Gegenstand der Aussonderung kann Alles sein, was sich in der Masse befindet; sie findet für Gegenstände jeder Art statt. Der Ausdruck „Gegenstand" ist für das, was ausgesondert werden soll, absichtlich gewählt, um außer den körperlichen Sachen auch sog. unkörperliche Sachen, Forderungen und sonstige Vermögensrechte zu umfassen. Mot. 190, Prot. 87; Mot. von 1873 S. 160, 158, 187.

Die nächstliegenden Gegenstände einer Aussonderung sind die Gegenstände des eigentlichen Sacheigenthums im Sinne des § 985 B.G.B. und des Besitzrechts im Sinne der §§ 1007, 1065 B.G.B., vgl. RG. 34, 422. (Klage des Besitzers gegen einen pfändenden Dritten im Falle des § 771 C.P.O.) auch der mit verbotener Eigenmacht entzogene Besitz (§ 861 B.G.B.).

Außerdem können Gegenstand einer Aussonderung sein alle selbständigen Vermögensrechte, mithin: dingliche Rechte am Eigenthum eines Dritten, soweit sie überhaupt von der Person des Berechtigten getrennt werden können; dingliche, selbständige Rechte, die ein Dritter am Eigenthume des G.Schuldners haben kann, wobei die belastete Sache selbst der K.Masse verbleibt; insbesondere Reallasten (Ausgedinge), Nießbrauch, Erbbaurechte und andere Dienstbarkeiten an einem Grundstücke des G.Schuldners, Grunddienstbarkeiten natürlich nur für den legitimirten Besitzer des berechtigten Grundstücks; vgl. Anm. 2 zu § 9; — ein Pfandrecht am Eigenthum eines Dritten, sofern es sich darum handelt, ob es dem G.Schuldner oder einem Anderen gehört, jedoch nicht die Pfand- und Absonderungsrechte an einem in der K.Masse befindlichen Gegenstande, die in §§ 47 ff.

Digitized by Google

behandelt werden. — In gewissem Sinne kann auch ein dingliches Vorkaufsrecht ausgesondert werden. Zunächst, insofern es sich um eine Berichtigung des Grundbuchs handelt. Die Ausübung des Rechtes bei einem von dem K.Verwalter aus freier Hand geschlossenen Verkauf begründet eine Massenforderung, da der Berechtigte in den Vertrag eintritt. Hat der G.Schuldner vor der K.Eröffnung verkauft, so erlangt der Vorkaufsberechtigte nur die Rechte eines K.Gläubigers. In beiden Fällen bleiben ihm die Rechte gegen den Dritten, der das Grundstück erworben hat (B.G.B. § 1098). — Fernere Gegenstände sind persönliche Forderungsrechte gegen einen Dritten, die als Theil der K.Masse erscheinen oder vom Verwalter in Anspruch genommen werden, Urkunden über solche Forderungen, Wechsel, Erbschaften. Ebenso können Urheberrechte und Patentrechte Gegenstand der Aussonderung sein, Patentrechte im Konkurse des Patentinhabers auch in der Beschränkung auf eine ertheilte Lizenz (Jäger Anm. 14). Vgl. hierzu auch RG. 45, 173, in welcher Entscheidung der Anspruch der Kinder des Fürsten Bismarck, das widerrechtlich aufgenommene Bild ihres Vaters auf dem Negative und Vervielfältigungen herauszufordern, für einen Aussonderungsanspruch erklärt ist, weil — wenn auch die Platten und Bilder, — so doch das auf ihnen festgehaltene Abbild nicht den Photographen gehörte. — Geld kann nur ausgesondert werden, wenn es abgesondert aufgehoben worden ist.

2) Voraussetzung der Aussonderung nach § 43 ist, daß sich in der K.Masse ein **Gegenstand** befindet, **der dem G.Schuldner nicht gehört**. Ausgeschlossen ist die Aussonderung, wenn nur ein Anspruch auf Uebertragung des Rechtes an dem geforderten Gegenstande oder auf Herausgabe eines dem Vermögen des Schuldners trotz der Herausgabe verbleibenden Gegenstandes besteht. Diese Grenzen der Aussonderung ergeben sich aus dem Grundsatze, daß nur das Vermögen, aber auch das ganze Vermögen des G. Schuldners die Masse bildet. Was dem G.Schuldner nicht gehört, muß nach den außerhalb des K.Verfahrens, richtiger außerhalb des Konkursfalles, geltenden Vorschriften des bürgerlichen Rechtes erfolgen. Ebenso bestimmt es sich nach dem bürgerlichen Rechte, ob und welche Gegenforderungen der G.Schuldner oder der Verwalter für die Masse wegen Auslagen, Verwendungen oder aus anderem Grunde gegen den Betheiligten hat und ob er wegen dieser Gegenforderung ein Zurückbehaltungsrecht an den Sachen hat.

3) **„Aus der Konkursmasse."** Voraussetzung einer Aussonderung aus der K.Masse, also der Befriedigung vor den Masseansprüchen (vgl. Oetker, Verfolg.R. S. 78), ist ferner, daß sich der Gegenstand thatsächlich zur Zeit der Geltendmachung des Rechtes in der Masse, d. h. hier „in der K.Ist-Masse" im Gegensatze zur K.Soll-Masse im Sinne des § 57, befindet oder was als hierunter mitverstanden zu gelten hat, daß der Gegenstand als Theil der K.Masse erscheint. Dem Begriffe des „Gegenstandes" Anm. 2 entsprechend, kann dies durch Besitz, die vorhandene Form einer Uebertragung, durch Eintragung im Grundbuche, durch Handlungen oder Erklärungen des Verwalters, der ein Recht in Anspruch nimmt, oder sonst erkennbar sein. Nur die Herausgabe solcher in der Masse befindlicher Gegenstände gehört zur Aussonderungspflicht des K.Verwalters; Gegenstände, die ein Dritter, wenngleich auf Veranlassung des G.Schuldners in Gewahrsam hat, braucht er nicht herbeizuschaffen, RG. 26. Febr. 1895, J.W. S. 167, Gegenstände, die überhaupt nicht mehr vorhanden sind, im Wege der Aussonderung nicht zu ersetzen. Inwieweit im Wege der Aussonderung ein Ersatz beansprucht werden kann, wenn der G.Schuldner oder der Verwalter veräußert hat, bestimmt § 46. Verfügt der Verwalter in anderer Weise über einen Aussonderungsgegenstand, so hat der Berechtigte je nach den Umständen einen Masseanspruch nach § 59 Nr. 1, 3, vgl. Anm. 12 § 46. Geht der Gegenstand während des K. Verfahrens verloren, so ist nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden, wieweit der Verwalter den Verlust zu vertreten hat. Die Masse haftet für die Handlungen und Unterlassungen des Verwalters mit Rücksicht auf seine Kenntniß. Vgl. Vorb. 3 vor § 1 und RG. 2, 270. Zur Auseinandersetzung zwischen den Aussonderungs- und Absonderungsansprüchen an einem Gegenstande braucht der Verwalter nicht thätig zu sein; er kann deren Verfolgung den Interessenten überlassen, RG. 28. Novbr. 1894, J.W. 1895 S. 43.

4) Als Grund des Aussonderungsspruchs kommt zunächst **das dingliche Recht**, das

Digitized by Google

Recht an dem Gegenstande, bei Sachen das Eigenthum, bei anderen Gegenständen das dem Eigenthum entsprechende Recht in Betracht, das mit vindicatio, confessoria, hereditatis petitio und den nachgebildeten Klagen geltend zu machen ist. Bei der Erbschaftsklage unterliegen jedoch die in der Masse vorhandenen Früchte, die Eigenthum des Besitzers geworden sind, ebenfalls nicht der Aussonderung, obgleich der Besitzer nach B.G.B. § 2020 verpflichtet ist, sie herauszugeben. Ueber den Konkurs des Vorerben und die darin geltend zu machenden Rechte des Nacherben vgl. § 128 und B.G.B. § 2115. Die Verpflichtungen zur Auszahlung von Pflichttheilen und Vermächtnissen, sowie zur Erfüllung von Auflagen sind Nachlaßverbindlichkeiten; die Legatare sind K.Gläubiger, nicht Aussonderungsberechtigte, sofern sie nicht (im Nachlaßkonkurse) ganz ausgeschlossen sind, § 63. — Darüber, ob und wann eine Sache oder ein Recht durch Veräußerung oder sonst aus dem Vermögen des Schuldners ausgeschieden oder in das Vermögen des G.Schuldners übergegangen ist, entscheidet das bürgerliche Recht. Ueber die Bedeutung des Eigenthumsvorbehalts, insbesondere bei Abzahlungsgeschäften vgl. Anm. 6 § 21 und Reichsgesetz vom 26. Mai 1894 § 5 R.G.Bl. S. 450. Ueber die Wirkung der Annahme einer Anweisung vgl. R.O.H. 22, 137, O.Tr. 46, 332, 53, 85, B.G.B. §§ 784, 790. Wegen des Erwerbes durch Zwangsvollstreckungshandlungen vgl. C.P.O. § 815 Abs. 3, §§ 819, 835, 753, 754, 864. Hinsichtlich der Rechte auf Aussonderung von Gegenständen, die in Folge von Zwangsvollstreckungen oder Klage gemäß C.P.O hinterlegt sind, vgl. Anm. 10 zu § 49. — Darüber, daß die K.Anfechtung nicht einen Aussonderungsanspruch begründet, vgl. Anm. 11 zu § 29, RG. 13, 5. Zur Begründung genügen aber auch die Besitzrechte des unmittelbaren wie des mittelbaren Besitzers (B.G.B. §§ 861, 862, 867, 869, 1007, 1065), soweit es sich um Wiedererlangung des entgangenen Besitzes oder Beseitigung einer Störung des Besitzes handelt (actio publiciana und Besitzklage).

Was dem G.Schuldner nur zum Schein übereignet ist, dessen Uebertragung also nach B.G.B. § 117 nichtig ist, kann zurückgefordert werden, ohne daß die K.Gläubiger, die nicht etwa im guten Glauben befindliche Dritte sind, sich dagegen wehren könnten. Ob unter der Scheinübertragung ein anderes Rechtsgeschäft, namentlich eine Verpfändung, verborgen und dieses wirksam ist, bleibt eine andere Frage.

5) Indem das Gesetz neben dem dinglichen Rechte als Grund des Aussonderungsanspruchs das persönliche Recht erwähnt, bezeichnet es auch den obligatorischen Anspruch auf einen der in Anm. 3 bezeichneten, in der Masse befindlichen Gegenstände als genügende Grundlage, sofern nur die Voraussetzung zutrifft, daß der Gegenstand nicht zum Vermögen des G.Schuldners gehört und als nicht zu diesem Vermögen gehörig gefordert wird. Ansprüche dieser Art sind die Ansprüche auf Zurückgabe einer an den G. Schuldner vermietheten, verpachteten, verliehenen, zur Verwahrung oder zur Ausführung eines Auftrages, Dienst- oder Werkvertrages übergebenen Sache, eines verpfändeten oder zum Nießbrauche gegebenen Gegenstandes, eines Gegenstandes, der zum Zwecke der Erfüllung eines demnächst nicht zu Stande gekommenen oder nach § 17 nicht zu erfüllenden Vertrages dem G.Schuldner überliefert ist, ohne in dessen Eigenthum überzugehen. In allen diesen Fällen wird der Gegenstand als ein nicht zum Vermögen des G.Schuldners gehöriger gefordert. Der Anspruch auf Uebergabe einer in der K.Masse befindlichen fremden Sache, die der G.Schuldner verkauft hat, würde dem Aussonderungsanspruche nicht als Grundlage dienen können. Das persönliche Recht muß auch ein Recht gegen den G. Schuldner sein. Eine in der K.Masse befindliche Sache, die einem Dritten vermiethet oder in einer der anderen angegebenen Arten übergeben ist, kann nur auf Grund des dinglichen Rechtes, in der angegebenen Ausdehnung verstanden, ausgesondert werden.

Die Aussonderung findet auch dann statt, wenn die Uebereignung eines Gegenstandes an den G.Schuldner zwar ernstlich, aber nur zum Zwecke der Sicherung des G. Schuldners geschehen ist (vgl. Anm. 1 zu § 40). Denn im Verhältniß des Empfängers zu dem Geber ist der gegebene Gegenstand nach seiner Bestimmung ein dem Empfänger fremder. Der G.Schuldner kann als Empfänger nicht geltend machen, daß der Gegenstand über den Zweck der Sicherung hinaus zu seinem Vermögen gehöre. Der Gegen-

Digitized by Google

stand kann selbstverständlich nur wie ein Pfand ausgesondert, „er muß eingelöst werden. Vgl. RG. 2, 168; 13, 202; 20, 182; Jäger Anm. 17; Petersen-Kleinfeller Anm. 2; Kohler S. 115.

Die Aussonderung gilt auch für Wechsel oder Forderungen, die nur zum Zwecke der Legitimation für die Einziehung übertragen sind, sollte auch in der Uebertragungsurkunde (Indossament) von dieser Beschränkung nichts erwähnt sein. Das Verhältniß der Betheiligten zu einander ist auch hier entscheidend. Insoweit ist die Vorschrift der P. § 24 als aus den aufgestellten Grundsätzen folgend und als unnöthige Aufstellung von Beispielen nicht aufgenommen. Mot. S. 160; vgl. RG. 33, 141. Demgemäß ist auch in der R.Komm. unter Ablehnung von Zusätzen als die übereinstimmende Auffassung der Kommission und der Regierungsvertreter zu Protokoll konstatirt: „Durch § 35 des Entw. soll nicht ausgeschlossen sein die Zurückforderung von Wechseln und anderen durch Indossament übertragbaren Urkunden aus der K.Masse, sofern sie dem G.Schuldner nur behufs der Einziehung oder mit der Bestimmung übertragen worden sind, daß sie nur zur Sicherstellung des G.Schuldners dienen sollen, obwohl das Indossament den Zusatz „zur Einziehung", „zur Sicherung" oder eine ähnliche beschränkende Klausel nicht enthält. Prot. S. 28—32, 127—131, 163—170, 172. Bei der Berichterstattung der Kommission zur zweiten Reichstagslesung wurde diese Konstatirung im Reichstage wiederholt, ohne daß ein Widerspruch erfolgte. — Wenngleich der dritte Wechselschuldner außer dem Falle eines dolus gegenüber dem mit Vollgiro versehenen Wechsel keinen Einwand daraus geltend machen kann, daß der Indossant dies nur zum Zwecke eines Inkasso-Auftrags benutzt, so entscheidet für das Verhältniß des Indossanten und des Indossars untereinander hinsichtlich der Anwendung des § 43 ihre Vereinbarung darüber, ob der Indossant noch Eigenthümer und rückforderungsberechtigt sein soll. Da § 43 die Ansprüche auf Aussonderung auf Grund eines persönlichen Rechtes einschließt, mithin auch, sofern sie gegen den G.Schuldner dahin begründet sind, daß der Gegenstand für das Verhältniß des Beanspruchenden gegen den G.Schuldner als ein dem Letzteren nicht gehöriger verlangt werden kann, so ist der Inhalt der Konstatirung der R.K. sowie der Mot. allerdings auch im § 43 ausgedrückt zu finden, RG. 18. Juni 1890, J.W. S. 473; 7. März 1894, J.W. S. 181. Vgl. auch Dernburg 2, § 117 Anm. 7; Petersen-Kleinfeller Anm. 7; Koch zu P. § 25; jetzt auch Sarwey-Bossert Anm. 8 Nr. 2. Dasselbe gilt, wenn aus anderen Gründen des obligatorischen Verhältnisses der Verwalter Namens des G.Schuldners gegenüber dem Aussonderungsprätendenten nicht berechtigt ist, als Eigenthümer über den Wechsel zu verfügen. So kann auch ein Wechselaccept des G.Schuldners, das zum Zwecke der Kreditgewährung gegeben ist, wenn es bis zur K.Eröffnung vom G Schuldner nicht benutzt ist, mit Aussonderung zurückgefordert werden. RG. 13. Mai 1891, Rass.K. 35, 996. Auch Grundstücke können nicht zum Vermögen des G Schuldners gehören, obgleich sie ihm formell durch Auflassung und Eintragung übertragen worden sind, wenn die Uebertragung nur fiduciarisch, nur zu dem Zwecke erfolgt ist, damit der G.Schuldner für den wirklichen Eigenthümer gegebenen Falles verfügen könne. Nicht der formale Rechtszustand, sondern das jedem zu Grunde liegende materielle und wirthschaftliche Verhältniß ist für die Frage entscheidend, was dem G.Schuldner „gehört". Solche Grundstücke können deßhalb ebenfalls ausgesondert werden. RG. 45, 80 vgl. 44, 1.

Waaren, die ein Dritter dem G.Schuldner zum Verkauf in Kommission gegeben hat (vgl. P. § 25), können unter Berücksichtigung des H.G.B. §§ 400 ff. zurückgefordert werden, wenn der Kommissionär (also hier der G.Schuldner) sie nicht schon auftragsgemäß veräußert hat oder sich nicht schon unter den gesetzlichen Bedingungen vor der K.Eröffnung als Selbstkäufer angezeigt hat oder sonst als Käufer nach der Sachlage, den Verabredungen und dem bürgerlichen Rechte nicht schon das Eigenthum der Waaren erlangt hat, was in der Regel nicht der Fall ist, da der Kommissionär als solcher den Besitz nur als Stellvertreter des Komittenten erlangt. Vgl. dazu Perl, Busch Arch. 48, 94 ff., 129; Petersen-Kleinfeller Anm. 5c. — Ein besonderes Aussonderungsrecht auf Abtretung von Forderungen gewährt § 392 Abs. 2 H.G.B.; die dort bezeichneten Forderungen des Kom-

Digitized by Google

missionärs aus den von ihm in Folge der Kommission geschlossenen Geschäften kann der Kommittent im Konkurse des Kommissionärs gemäß der gerade für solchen Konkursfall bestimmten Gesetzesvorschrift für sich beanspruchen und aussondern, da der Verwalter gegenüber dem Kommittenten nicht geltend machen kann, daß sie dem G.Schuldner gehörten. R.O.H. 7, 21; 9, 233; RG. 1, 314; 32, 39; 34, 56; 40, 87.

Bei der Kommission zum Einkauf entscheidet ebenso das bürgerliche Recht über die Frage, ob der G.Schuldner als Einkaufs-Kommissionär das Eigenthum der Waaren für sich oder den Kommittenten erworben hat, wenn er von der Befugniß zum Eintritt als Selbstverkäufer (H.G.B. § 400) nicht Gebrauch gemacht hat. Der Einkaufskommissionär erwirbt die für den Kommittenten angeschafften, nur generisch bestimmten Waaren zunächst für sich, bis er sie ihm durch Uebergabe, Uebersendung, oder was dem gleichsteht, übereignet. Dernburg 2, § 117 Nr. 1 und § 185. Wenn der Kommissionär von der Befugniß aus § 400 Gebrauch macht, steht er zum Kommittenten im Verhältnisse des Verkäufers zum Käufer und es entscheiden die gewöhnlichen Regeln über dies Verhältniß. Mot. 161, 162. Vgl. Perl, Busch Arch. 48, 94 ff., 129; Peterſen-Kleinfeller Anm. 6; Staub, H.G.B. § 383 Anm. 27 ff., beſ. Anm. 32; Seuffert, Konkursrecht § 16 Anm. 9. A.M. Jäger, Anm. 27.

Hat der G.Schuldner aus Verträgen zu Gunsten Dritter das Recht, zu fordern, daß die bedungene Leistung von dem anderen Vertragschließenden ausgeführt werde, so bleibt doch das von dem Dritten erworbene selbständige Recht auf die Leistung bestehen. (Lebensversicherungen, vgl. RG. 1, 188 u. 330; 3, 104; 11, 173; 16, 126; 29 322; Anm. 6 zu § 1; Abfindungen bei Gutsüberlassungen, RG. 2, 272; 29, 173.)

6) **Der materielle Inhalt des Aussonderungsanspruchs** bestimmt sich nach dem bürgerlichen Rechte. Die zu fordernde Leistung ist die Herstellung des dem Rechte entsprechenden thatsächlichen Zustandes für den auszusondernden Gegenstand; sie kann bestehen in Herausgabe des Gegenstandes der Aussonderung oder des auszusondernden Rechtes, in Zustimmung zur Grundbuch- oder Schiffsregister-Berichtigung, wenn der Inhalt des Grundbuchs oder des Schiffsregisters mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange steht. §§ 894, 1263 B.G.B., vgl. § 899. Die Herausgabe ist nicht bloß Gestattung der Wegnahme oder Ausscheiden aus der K.Masse, wodurch die Herausgabe dem G.Schuldner zugeschoben werden könnte. Vgl. RG. 28. November 1894, J.W. 1895 43; 26. Februar 1895, J.W. 167. Abweichend Oetker, Zeitschr. f. C.P. 25, 74. Der Berechtigte kann den Gegenstand nur in dem Zustande „aus der Masse" verlangen, wie er sich darin befindet. Wenn er darüber hinaus auf Grund der Vorschriften über dasjenige, was ein Besitzer fremder Sachen für Verschlechterungen, Aenderungen oder sonst zu gewähren hat, Ansprüche macht, so kann er diese nur als K.Gläubiger oder, soweit der Verwalter verantwortlich ist, als Massegläubiger geltend machen. Dernburg 2, § 117 Nr. 1. Dem Verwalter bleiben andererseits alle Einreden des G.Schuldners (Pfandrecht, Retentionsrecht, Vermehrungen, Verbesserungen), sowie entsprechende Einreden wegen Verbesserungen aus der eigenen Verwaltung des K.Verwalters. Ueber die Beschränkungen, denen das Aussonderungsrecht des Nießbrauchers unterworfen sein kann, vgl. Anm. 8.

7) „Nach den außerhalb des K.Verfahrens geltenden Gesetzen" bestimmt sich auch, **wie die Aussonderungsansprüche formell geltend zu machen sind.** Das K.Gericht kann nicht im Aufsichtswege den Verwalter zur Herausgabe anhalten; vgl. Anm. zu § 83; J.W. 1883 123. Hinsichtlich der unerfüllten Verträge und der Anwendung des § 26 vgl. Anm. zu § 25; Anm. 2—4 zu § 26; Anm. 6 zu § 44. Der Ansicht von Völderndorff 1, 439, daß das K. Gericht als Vollstreckungsgericht nach § 766 C.P.O. zuständig sei, über die Aussonderung zu entscheiden, weil die K.Eröffnung einer Zwangsvollstreckung in das gesammte Vermögen des G.Schuldners gleich stehe und die Inanspruchnahme eines Gegenstandes aus der Masse eine Einwendung im Sinne des § 766 darstelle, steht die grundsätzliche Verschiedenheit des K.Verfahrens und einer Zwangsvollstreckung entgegen. Darüber, daß bei dem Zwange gegen den G.Schuldner, sein Vermögen herzugeben, § 766 nicht anwendbar ist, vgl. Anm. 23 zu § 1. Aus demselben Grunde enthält das Aussonderungsverlangen

Digitized by Google

nicht eine Anwendung des § 771 C.P.O., der nur für die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen gegeben ist. Ueber diesen Anspruch ist vielmehr im ordentlichen Rechtswege zu entscheiden. Auch für die Klage, die sich gegen den Verwalter zu richten hat, RG. 31. Jan. 1901 J.W. 183, ist das K.Gericht als solches nicht zuständig. Die Zuständigkeit bestimmt sich vielmehr nach den Vorschriften der C.P.O. Ein anhängiger und durch die K.Eröffnung unterbrochener Prozeß kann nach den Vorschriften des § 11 aufgenommen werden. Für die Bestimmung des zuständigen Gerichts ist die Natur der Klage von Wichtigkeit. Nach einem Urtheil des RG. 31, 392, 10. Mai 1893, J.W. 305 soll der Aussonderungsanspruch, wenn er auf Grund einer Vertragspflicht des G. Schuldners geltend gemacht wird, nicht ein Anspruch auf Vertragserfüllung und deshalb der Gerichtsstand des Vertrages C.P.O. § 29 nicht anwendbar sein. Dies kann (abweichend von der früheren Auflage) nicht als richtig anerkannt werden. Grund der Klage bleibt das Vertragsrecht; dieses kann zwar ohne Umwandlung in eine Geldforderung und ohne Rücksicht auf die Unzulänglichkeit der Masse gegen den K.Verwalter nur in beschränktem Umfange geltend gemacht werden, soweit nämlich der bestimmte Gegenstand in der Masse vorhanden ist, und ohne Verpflichtung des Verwalters zu etwas Anderem als zur einfachen Herausgabe. Aber auch diese Herausgabe ist ein Theil der Erfüllung. Ohnehin muß im Falle der Aufnahme eines vor der K.Eröffnung anhängig gewordenen Rechtsstreits der Klageantrag den veränderten Umständen entsprechend beschränkt werden. Es würde aber eine veränderte Klage, wenn auch die Aenderung nach C.P.O. § 264 zulässig ist, ohne Einwilligung des Gegners nicht in einem Gerichtsstande weiter geführt werden dürfen, der nur für die unveränderte Klage gegeben war. Das aber stände im Widerspruch mit dem Rechte der Aufnahme des unterbrochenen Verfahrens. Vgl. Jaeger Anm. 33. Die Annahme des R.G. steht auch im Widerspruch mit der anderen, daß eine dem G.Schuldner getroffene Vereinbarung über den Gerichtsstand auch den Verwalter bindet. RG. 7. März 1894 Raff.K. 38, 1169, J.W. 1891; Petersen-Kleinfeller Anm. 1; Voß, Civ.Arch. 71, 284 ff. Die Klage braucht nicht nothwendig auf Leistung gerichtet zu sein; es entscheiden auch hierüber die außerhalb des K. geltenden Vorschriften. Der Nießbraucher, der die dem Nießbrauch unterworfene Sache besitzt, kann zum Schutz seines bestrittenen Rechts klagen, aber keine Leistung verlangen. (Abw. RG. 28. Novbr. 1894 J.W. 1895, 43; 26. Februar 1895 J.W. 167.)

Der Zwangsvollstreckung und dem Arreste für Aussonderungsberechtigte steht der Konkurs nicht entgegen, § 14.

8) Besondere Erörterung verlangt sowohl bezüglich des materiellen Rechts wie des Verfahrens die **Aussonderung des Nießbrauchs** an einem Gegenstande der K.Masse und der ehemännlichen Nutznießung an dem eingebrachten Gute einer in Konkurs gerathenen Ehefrau. Die zur K.Masse gehörigen Gegenstände, an denen einem Dritten der Nießbrauch zusteht, können mit Erhaltung des Nießbrauchs veräußert werden, B.G.B. § 931, § 936 Abs. 3. Der Nießbrauch aber wird in allen Fällen ausgesondert, namentlich auch der Nießbrauch an Rechten, Forderungen mit allen Konsequenzen.

Dies gilt auch bei dem Nießbrauch an einem Vermögen, einem Nachlaß. Dieser Nießbrauch muß jedoch dem Rechte der vor der Bestellung vorhandenen Gläubiger des Vermögens, des Nachlasses weichen, § 1086 B.G.B. Ist der G.Schuldner Besteller, dann kann er nach seiner Wahl die Herausgabe der zur Befriedigung nöthigen Gegenstände verlangen, § 1087 Abs. 1 B.G.B. (Er hat als dritter Erwerber nicht die Rechte des Bestellers, wenn er das Vermögen, den Nachlaß nicht als Ganzes, sondern nur einzelne dazu gehörende Gegenstände erworben hat.) Der Nießbraucher kann also nur insoweit aussondern, als die Gegenstände zu dieser Befriedigung nicht erforderlich sind. Die im § 1087 Abs. 2 B.G.B. bestimmten Rechte des Nießbrauchers stehen hierbei unter dem Einflusse der durch den Konkurs herbeigeführten Veränderung und Beschränkung der Forderungen der Gläubiger.

Dem Nießbrauche an einem Vermögen ist das dem Ehemanne nach dem gesetzlichen Güterrechte zustehende Recht der Verwaltung und Nutznießung des eingebrachten Gutes

Digitized by Google

gleich zu behandeln, wenn über das Vermögen einer Ehefrau K. eröffnet wird. Das eingebrachte Gut der Frau gehört zu deren Vermögen und also zur K.Masse, kann aber für deren Schulden nur unbeschadet der Rechte des Mannes in Anspruch genommen werden. Da es nicht für alle Schulden der Frau haftet (B.G.B. §§ 1412—1414), so kann der Mann der Verwendung für die Gläubiger widersprechen, soweit das Gut nicht haftet. Hört das Recht des Mannes überhaupt auf, so können die Gläubiger unbeschränkt zugreifen; nur das Recht des Mannes steht dem Zugriff entgegen. Welche Gegenstände die zum Zugriff berechtigten Gläubiger in Anspruch nehmen wollen, steht bei ihnen. Gegenüber einem Gläubiger aber, der sich an das eingebrachte Gut überhaupt nicht halten kann, ist der Mann außerhalb des Konkurses befugt, sein Recht allenfalls im Rechtswege als ein Dritter, dem ein die Veräußerung hinderndes Recht an dem Gegenstande der Vollstreckung zusteht, geltend zu machen, C.P.O. 771. Die Eröffnung des K. über das Vermögen der Frau ändert die Rechte des Mannes nicht. Der K.Verwalter kann die Herausgabe des im Besitze des Mannes befindlichen Vermögens nur zum Zwecke der Befriedigung der Gläubiger verlangen, denen das eingebrachte Gut haftet. Der Mann kann, soweit das Gut hierzu nicht erforderlich ist, die Herausgabe verweigern und, da die Gläubiger die Gegenstände ihrer Befriedigung auswählen können, bei der Herausgabe den Vorbehalt machen, daß das Gut nur die beschränkte Verwendung finden darf. Die beschränkte Verwendung kann der Mann auch dann verlangen, wenn von dem eingebrachten Gut nichts übrig bleibt; denn wenn die allein berechtigten Gläubiger in geringerem Maße befriedigt werden, so behalten sie gegen das Interesse des Mannes eine höhere Restforderung, für die sie später erworbenes eingebrachtes Gut in Angriff nehmen können. Hat der K.Verwalter Gegenstände des eingebrachten Gutes in Besitz genommen, so kann der Mann die Herausgabe verlangen, soweit nicht die Verwendung für Gläubiger erforderlich ist, denen das Gut ungeachtet der Rechte des Mannes haftet, oder wenn, wie in der Regel, noch nicht feststeht, wie weit die Gegenstände hierzu erforderlich sind, verlangen, daß sie nur die beschränkte Verwendung finden. Ob der Mann seine Rechte geltend machen will, hängt nur von ihm ab; verzichtet er auf seine Rechte oder endigen sie auch erst nach der K.Eröffnung, so handelt es sich für die Gläubiger, die sich bisher an das eingebrachte Gut nicht halten konnten, nicht um die Begründung eines neues Anspruchs gegen die Frau, wegen dessen sie nicht K.Gläubiger sein könnten. Gestattet der Mann den Zugriff der Gläubiger, so kann weder die Frau eingreifen, noch können die Gläubiger, denen das eingebrachte Gut haftet, aus eigenem Rechte verlangen, daß das Gut nur zu ihrer Befriedigung verwendet wird und andere Gläubiger davon ausgeschlossen bleiben. Aus diesen Umständen ergiebt sich, daß die Gläubiger nicht einen Spezialkonkurs über das eingebrachte Gut verlangen können, wie ihn Jaeger (Anm. 33—37 zu § 2) für erforderlich hält. Die Befriedigung der Gläubiger kann deshalb nach dem bestehenden Recht nur in dem allgemeinen K. erfolgen. Es bieten sich dabei allerdings noch besondere Schwierigkeiten; diese müssen aber auf dem Boden des geltenden Rechts überwunden werden, ohne daß man berechtigt ist, um dieser Schwierigkeiten willen das materielle Recht der Gläubiger und des Mannes zu ändern.

Uebrigens ist der Fall, daß über das Vermögen einer Frau K. eröffnet wird, während das eingebrachte Gut nur für einen Theil der Schulden haftet, ziemlich unpraktisch. Zumeist ist die Ehefrau, die in Konkurs geräth, Handelsfrau. Vgl. hierzu Seuffert Deutsche Juristenzeitung 1899 S. 87, Planck B.G.B. Anm. 8 zu § 1411, Komm.Ber. zu K.O.R. § 1a.

§ 44. (36.)

Der Verkäufer oder Einkaufskommissionär kann Waaren, welche von einem anderen Orte an den Gemeinschuldner abgesendet und von dem Gemeinschuldner noch nicht vollständig bezahlt sind, zurückfordern, sofern nicht dieselben schon vor der Eröffnung des Verfahrens an dem Orte der Ablieferung

Digitized by Google

rung angekommen und in den Gewahrsam des Gemeinschuldners oder einer anderen Person für ihn gelangt sind.

Die Bestimmungen des § 17 finden Anwendung.

E. I. 41. P. 26—28.

1. Allgemeiner Grundsatz.
2. Einkaufskommissionär.
3. Begriff der Waare.
4. Versendungsgeschäft.
5. Kaufpreiszahlung.
6. Ort der Ablieferung.
7. Gewahrsam des G.Schuldners.
8. Gewahrsam eines Dritten für den G.Schuldner
9. Wirkung des Verfolgungsrechts.
10. Verfolgung gegen Dritte und juristische Natur des Verfolgungsrechts.
11. Schadensersatzforderung des Absenders.
12. Prozessuale Geltendmachung des Rechtes.
13. Absatz 3

Vgl. Oetker, Verfolgungsrecht nach § 36 K.O. Kassel 1883 und dazu Dreyer, Kass.K. 28, 291; desgl. Busch 7, 363; Staub, Kommentar zum H.G.B. 6 und 7. Aufl., Exkurs zu § 382 Anm. 76 ff.

1) Im Allgemeinen unterliegen die Verhältnisse der Käufer und Verkäufer im Konkurse der Regel, daß durch die K.Eröffnung der Bestand der Verträge an sich nicht in Frage gestellt wird, sowie den allgemeinen Vorschriften über Verträge (für unerfüllte den §§ 17—28) und über Vindikation. Sowie der Käufer, der das Eigenthum der gekauften Sache noch nicht erworben, hat auch der Verkäufer, der aufgehört hatte, Eigenthümer der verkauften Sache zu sein, nur als K.Gläubiger eine persönliche K.Forderung. Eine Ausnahme macht das für Ausländer und Inländer (§ 5) im § 44 bestimmte Verfolgungsrecht zu Gunsten des Verkäufers (droit de suite, right of stoppage in transitu): der Verkäufer kann unbezahlte Waaren zurückfordern, wenn sie von auswärts verschickt und zur Zeit der K.Eröffnung noch unterwegs waren. Dies ist, weil mit Rücksicht auf den Handelsverkehr billig und (wenngleich in verschiedener Ausdehnung) in den meisten Handelsrechten aufgenommen, R.O.H. 6, 298, 10, 70 ff., beibehalten; Mot. 164, 165.

Das Verfolgungsrecht schützt den Verkäufer, der die Auslieferung der versandten Waare ungeachtet der K.Eröffnung nicht aufhalten konnte, sei es, daß er dazu aus Rechtsgründen oder thatsächlich, insbesondere wegen seiner Unkenntniß von der K.Eröffnung nicht im Stande war (vgl. H.G.B. §§ 433, 659, Postordnung vom 21. Juni 1892 § 35 RG. 43, 96 ff.), gegen die Folgen der Auslieferung. Es handelt sich dabei nur um die Fälle, in denen die Auslieferung an den Verwalter erfolgt ist (vgl. A. 7). Dieser erwirbt durch die Auslieferung für den Schuldner das Eigenthum, sofern es nicht schon vorher erworben ist, und damit ist das Aussonderungsrecht des § 43 ausgeschlossen. Das Verfolgungsrecht geht aber noch darüber hinaus, indem es auch dann Anwendung findet, wenn bereits vor der Auslieferung das Eigenthum der versandten Waare vom Verkäufer auf den G.Schuldner übergegangen ist, sofern nur die Auslieferung nicht vor der K.Eröffnung erfolgt ist. Die Fälle körperlicher Uebergabe kommen hierbei nicht in Betracht; ebensowenig die Fälle, in denen die Uebergabe durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe ersetzt wird (B.G.B. § 931), weil in diesen Fällen nicht abgesondert wird. Es handelt sich aber um die Fälle der Uebersendung, in denen das Eigenthum durch Uebergabe des zur Empfangnahme der Waaren legitimirenden Ladescheins oder Konnossements übergeht (H.G.B. §§ 450, 647; Gesetz betr. die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt § 26), bei Seeschiffen durch die auf den Eigenthumsübergang gerichtete Uebereinkunft der Vertragschließenden (H.G.B. § 474, [früheres Recht A.L.R. I. 11 §§ 128 ff. Absendung des Verkäufers, Vertragsschluß, code civil Art. 1583], vgl. Oetker S. 24—33). Außerdem auch um die Fälle, in denen die Uebergabe durch constitutum possessorium ersetzt ist, da die nachfolgende Auslieferung immer noch Auslieferung der nicht in den Gewahrsam des Käufers gelangten Sache ist. — In Betreff der Anwendbarkeit des § 44 auf alle nach Eintritt der Gesetzeskraft der K.O eröffneten Konkurse und der Nichtanwendbarkeit bisheriger konkursrechtlicher Vorschriften auf solche Konkurse, vgl. Anm. zu E.G. § 9.

2) Dem Verkäufer ist der Einkaufskommissionär gleichgestellt (vgl. R.O.H. 10, 82).

Digitized by Google

Er würde sonst, wenn er sich nicht als Selbstverkäufer anzeigte (§ 405 H.G.B.), nicht „Verkäufer" sein, und der dritte nicht benannte Verkäufer würde keine Rechte gegen den Kommittenten haben; vgl. Staub Anm. 21 zu § 383. Der Kommissionär, der Werthpapiere eingekauft hat, überträgt mit der Absendung des Stückeverzeichnisses an den Kommittenten das Eigenthum der verzeichneten Stücke, Gesetz vom 5. Juli 1896 §§ 3, 7. Auch dies steht dem Verfolgungsrechte nicht entgegen, wenn auch der Kommissionär die Papiere zunächst zur Verwahrung oder zu seiner Sicherung für Forderungen zurückbehalten hat.

3) Das Verfolgungsrecht setzt ein Geschäft über „Waaren" („jede einem Handelskauf und der Versendung unterworfene Sache") voraus, Mot. 165. Die Anwendbarkeit auf einen nach handelsrechtlichen Grundsätzen zu beurtheilenden Kauf (mit Stieglitz Anm. II 1; Wengler Anm. 2) einzuschränken, liegt kein Grund vor. Wenngleich das Recht aus dem Bedürfnisse des Handelsverkehrs hervorgegangen ist — was aber auch beim Wechsel und bei den Geschäften des § 18 der Fall ist —, so ist der Begriff der Waare sprachgebräuchlich nicht auf den handelsrechtlich zu beurtheilenden Verkehr beschränkt und eine weitere Einschränkung als durch den Begriff der Waare ist für den § 44 so wenig, wie für § 18 durch das Gesetz bestimmt, die Anwendung also auch dann nicht ausgeschlossen, wenn keiner der Kontrahenten ein Kaufmann und der Kauf auch nicht zur Weiterveräußerung geschlossen ist (Jaeger Anm. 11, Petersen-Kleinfeller Anm. 4, Sarwey-Bossert Anm. 3; Völderndorff zu c, S. 459, Fitting § 22 Anm. 8, Oetker S. 11).

4) Das Verfolgungsrecht findet nach der ausdrücklichen Unterscheidung des § 44 Anwendung nur auf **Versendungsgeschäfte**, nicht auf Platzgeschäfte oder, wenn der Verkäufer an Ort und Stelle dem Käufer oder dessen Vertreter die Waare übergiebt oder übersendet, mag dieser auch die Versendung beabsichtigen oder ausführen; auch nicht, wenn bei Platzgeschäften das Eigenthum auf den Käufer übergegangen, aber die Sache noch in Gewahrsam des Verkäufers geblieben ist; vgl. **RG. 33**, 257; A.M. Kohler S. 174: der Verkäufer habe dann ein Rückbehaltungsrecht, da § 44 ein Plus einräume und das gleiche Bedürfniß vorliege; aber § 44 kommt eben bei Platzgeschäften nicht zur Anwendung, sondern, wenn das Eigenthum übergegangen ist, § 26 Satz 1, andernfalls § 43. Dagegen findet das Verfolgungsrecht Anwendung auf **alle** Versendungsgeschäfte (über dessen Begriff vgl. Staub HGB. Exkurs zu § 382, Anm. 29 ff.), wenn die Waare nach Inhalt des Kaufgeschäfts dem Käufer (G.Schuldner) nach dem von diesem bestimmten Orte von einem anderen Orte übersendet werden soll; — ohne Unterschied, ob einer dieser Orte oder irgend ein anderer Ort als Erfüllungsort gilt; — ob der Verkäufer zufolge eigener Verpflichtung oder ausdrücklichen, stillschweigenden oder gesetzlichen Auftrags des Käufers die Sache der den Transport bewirkenden Person übergeben hat, R.O.H. 12, 390, — ob der Transport auf Gefahr oder Kosten des Verkäufers oder des Käufers erfolgt, oder ob sonst nach bürgerlichem Rechte das Eigenthum schon auf den Käufer übergegangen ist, R.O.H. 12, 394, — und ob der Verkäufer des G.Schuldners selbst oder in seinem Auftrage ein Anderer (Beauftragter, Rechtsvorgänger, Verkäufer) abgesandt hat, Mot. 166; endlich auch dann, wenn der Verkäufer sein Recht, die Uebersendung der an einem anderen Platze liegenden Waare zu verlangen, an den Käufer abgetreten hat; denn auch hier werden die Waaren „abgesendet" und die wirthschaftliche Gefahr, daß der Verkäufer die Waare unter Kreditgewährung aus der Hand giebt, liegt auch hier vor. A.M. Staub a. a. O. Nur ist Voraussetzung immer, daß Absendung an den G.Schuldner erfolgt ist, und zwar von dem Verkäufer oder von Jemandem in dessen Auftrage; ausgeschlossen ist § 44, wenn der G.Schuldner als Käufer zufolge der ihm überlassenen Disposition die Absendung an einen Dritten, an den er etwa selbst weiter veräußert hat, veranlaßt hat, **RG 27**, 84.

5) Das Verfolgungsrecht ist statthaft, **wenn auch nur der geringste Theil des Preises nicht bezahlt ist.** Ob der Kaufpreis kreditirt ist oder ein Zahlungsverzug vorliegt, macht keinen Unterschied; auch nicht die Sicherung des Preises durch Wechsel, sofern diese nicht an Zahlungsstatt angenommen sind; Busch 8, 489 ff. Indeß ist das Rückforderungsrecht ausgeschlossen, wenn in Folge einer rechtsverbindlichen Aufrechnung durch Erlaß, Hinterlegung oder dadurch, daß im Kontokurrentverkehr der Kaufpreisforderung

Digitized by Google

gleich große gegentheilige Forderungen entgegenstehen, das Recht auf Zahlung und damit die Voraussetzung des Rückforderungsrechts beseitigt ist; daß eine förmliche „Zahlung" nicht stattgefunden hat, ist (gegen Völderndorff Anm. 33) für die Frage der Erledigung des Rechtes unwesentlich. — Dem Einkaufskommissionär steht das Verfolgungsrecht auch dann zu, wenn ihm nach Erstattung des Kaufpreises noch Auslagen oder Provision geschuldet werden. Ueber sein Absonderungsrecht wegen aller Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften, wenn er die Waare noch im Besitz hat, vgl § 49, 2.

6) Die letzte Voraussetzung des Verfolgungsrechts ist doppelt: Die Waare darf zur Zeit der K.Eröffnung noch nicht am Bestimmungsort angekommen und in den Gewahrsam des G.Schuldners gelangt sein. Zur Zeit der K.Eröffnung, das heißt nicht zur Zeit der Zahlungseinstellung, auch nicht zur Zeit der Ausübung des Rechtes, RG. 31, 137, zu dieser Zeit braucht sie nicht mehr in transitu zu sein.

Der „Ort der Ablieferung" ist stets der vertragsmäßig für die Ablieferung bestimmte (nicht allemal mit dem Vertragserfüllungsorte identische) Ort, an dem die Waaren nach dem Vertragsverhältnisse der Kontrahenten ankommen sollten; falls der Vereinbarung der Kontrahenten gemäß dem Käufer überlassen ist, den Ort zu bestimmen und einen Transportvermittler anzuzeigen, der hiernach bestimmte Ort, RG. 30. Mai 1885, Seuff. Arch. 41, 426; J.W. 283, Wallmann 10, 673. Gemeint ist die geographische, zur Ablieferung bestimmte Ortschaft, nicht diejenige Lokalität innerhalb dieses Ortes, in die der G.Schuldner derartige Sendungen aufzunehmen beabsichtigt. Durch eine auf Anweisung des Bestellers erfolgte zeitweilige Unterbrechung des Transports vor der Ankunft am Bestimmungsorte wird der Transport rücksichtlich des Verfolgungsrechts nicht schon früher beendet und dies Recht nicht ausgeschlossen, R.O.H. 22, 68; wird indessen während des Transports der Ablieferungsort durch Vereinbarung der Kontrahenten geändert, so ist der nun bestimmte maßgebend. Um das Verfolgungsrecht auszuschließen, genügt auch nicht, daß der G.Schuldner den Gewahrsam selbst oder durch einen Dritten erlangt hat, während die Waare noch in transitu war, wenn sie in solchem Falle zur Zeit der K.Eröffnung am Ablieferungsorte noch nicht angelangt war. RG. 4. Jan. 1899, J.W. 166.

7) Die Waare darf nicht in den Gewahrsam des G.Schuldners gelangt sein. Zur Erklärung dieses Begriffes ist ein geschichtlicher Rückblick erforderlich. Die preußische K.Ordnung hatte nach dem Muster der code civil Art. 577 die Bestimmung, daß die Waaren noch nicht abgeliefert sein dürfen „in das Waarenlager oder in einen anderen Aufbewahrungsort eines Dritten, welcher den Auftrag hat, sie zur Verfügung des G.-Schuldners zu halten". An Stelle dieser Ausdrucksweise wird für die K.O. „das juristisch technische Wort „Gewahrsam" vorgezogen, wie es sich im A.L.R. I. 7 §§ 1, 2, Sächs. bürgerl. Ges. §§ 186, 213, Oesterr. bürgerl. Ges. § 309 findet. Es bedeutete im Gegensatze zu „Besitz" die bloß thatsächliche Innehaltung. Im B.G.B. ist es verschwunden, dies spricht im § 854 von der „thatsächlichen Gewalt über die Sache", mit deren Erlangung der Besitz der Sache erworben wird. Man wird annehmen müssen, daß diese Erlangung der thatsächlichen Gewalt den Begriff des Gewahrsams ersetzt hat, auch wenn man mit Planck (B.G.B. Vorbem. 3 zum Sachenrechte) zu dem Ergebnisse kommt, daß thatsächliche Gewalt und unmittelbarer Besitz im B.G.B. gleichbedeutend sind. Keinesfalls aber kann mit L. Seuffert, Konkursrecht S. 96 der Gewahrsam des § 44 mit dem Besitze des B.G.B. schlechthin identifizirt und damit das Verfolgungsrecht auch bei Erlangung des mittelbaren Besitzes durch den G.Schuldner versagt werden. Im Gegensatze zu seiner Note 17 a. a. O. muß (wie auch von Jaeger Anm. 16 geschieht) behauptet werden, daß der Inhaber von Konnossement, Lager- oder Ladeschein nach B.G.B. §§ 870, H.G.B. §§ 369, 397, 410 mittelbarer Besitzer dieser Waare ist, und die Erlangung dieses Besitzes durch den G.-Schuldner soll das Verfolgungsrecht des § 44 unbestritten nicht ausschließen, vgl. RG. 8, 81 ff., 32, 86. — Gleichgültig ist es auch, ob der G.Schuldner überhaupt den Willen hat, für sich zu besitzen, oder ob er vielmehr nur für einen Dritten innehaben will, es kommt nur darauf an, daß er die thatsächliche Gewalt habe, wie es andererseits nicht genügt, daß er die Möglichkeit hat, die thatsächliche Gewalt zu erlangen. Das Verfolgungsrecht

Digitized by Google

ist deshalb nicht gegeben, wenn der G.Schuldner die angenommenen Waaren wieder zur Verfügung gestellt, oder auch nur in der Absicht angenommen hat, sie sofort wieder zur Verfügung zu stellen. Hat er die Waaren in der Weise zur Verfügung gestellt, daß man annehmen kann, er habe die Annahme zu Eigenthum abgelehnt, so findet die Aussonderung nach § 43 statt.

8) **Ein Dritter für den G.Schuldner** übt den Gewahrsam in gleicher Weise aus, wie dieser selbst. Kraft Gesetzes thut es der „Besitzdiener" des B.G.B. § 855, kraft besonderen Auftrages jede andere mit der Empfangnahme der Waare betraute Person, wie Kommissionär, Lagerhalter (B.G.B. § 868), endlich der Spediteur, der am Ablieferungsorte ganz allgemein mit der Empfangnahme und Zuführung der Waare an den G.Schuldner beauftragt ist, vgl. Staub a. a. O. Anm. 87. Der Besitz eines nur vom Absender oder der Transportanstalt oder einem Dritten beauftragten Spediteurs oder Frachtführers, der dem G.Schuldner die Waaren zuführen soll, genügt nicht zur Ausschließung. Die Aushändigung des Frachtbriefs nach § 433 Abs. 2 H.G.B. macht den Frachtführer nicht zum Vertreter des Empfängers im Gewahrsam, RG. 27, 84; Eccius § 118 Anm. 3; Dernburg II § 117 N. 1 zu a. Abweichend P. § 26, vgl. dazu R.O.H. 24, 352 und RG. 15. April 1882, Wallmann 3, 25. Auch der Gerichtsvollzieher, der für einen Gläubiger des G.Schuldners die Waare am Ablieferungsorte gepfändet hat, ohne daß sie in den Gewahrsam des G.Schuldners gelangt ist, übt nicht für diesen, sondern für seinen Auftraggeber den Gewahrsam aus.

Die Rückforderung der „abgesendeten Waaren" setzt den Nachweis der Identität des Beanspruchten (ohne inzwischen erfolgte Verarbeitung, Spezifikation) voraus; gleichgültig bleibt es jedoch, ob sie sich noch in derselben Verpackung oder unverschlechtert vorfinden. Mot. 167, 168.

9) **Die Wirkung** des Verfolgungsrechts ist Aufgabe des Eigenthums an der übersandten Waare durch den Verwalter als Vertreter des G.Schuldners. Außerdem wird sie zumeist darin bestehen, daß die Waare zurückgegeben werden muß, denn der Hauptfall des Verfolgungsrechts ist, wie schon Anm. 1 gesagt, der, daß der Verwalter nach der K.Eröffnung die Waare für den G.Schuldner in Besitz genommen hat. Oetker will (S. 111 ff.) die Wirkung des Verfolgungsrechts darauf beschränken, dem Berechtigten den Besitz der Waare, nicht das Eigenthum wiederzuverschaffen, da Aussonderung nur Besitzaufgabe sei und der Zweck des Gesetzes mehr nicht verlange. Indeß nach § 44 hat der Verfolgungsberechtigte nicht bloß das Recht, den Besitz zurückzuverlangen, sondern mit den zurückgeforderten Waaren alle bisherigen Rechte daran oder die Aussonderung aus der Masse. Ob die Aussonderung bloß eine Besitzaufgabe oder auch Anerkennung und Feststellung fremden Eigenthums verlangt, hängt von den sonstigen Umständen des Falles ab. Daß dem Zwecke des Gesetzes die bloße Besitzrückgewähr entspreche, ist zu bestreiten. Vgl. RG. 8, 84; 32, 20. — Das Recht geht nur auf Rückforderung im Zustande der Gewährung; der Verwalter hat daher die Zurückbehaltungseinrede wegen der von ihm oder dem G.Schuldner auf die Sache gemachten Verwendungen. Oetker S. 17, 116. Ferner kann das Eigenthum an der Waare durch Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung untergegangen sein, B.G.B. §§ 946—950. Ist die Rechtsänderung zu Gunsten der Konkursmasse eingetreten, so kann ein Anspruch auf Vergütung in Geld nach den Vorschriften über die Herausgabe ungerechtfertigter Bereicherung gegen die Masse erhoben werden. § 59, 3; B.G.B. § 951.

10) **Streitig ist, ob das Aussonderungsrecht des § 44 noch gegen Dritte geltend gemacht werden kann**, die von dem Gemeinschuldner oder dem Verwalter ein Recht an dem Gegenstande erworben oder diesen ohne Recht erlangt haben. Soweit die Entscheidung der Frage davon abhängig gemacht wird, ob das Recht als Forderungsrecht aus einem Schuldverhältnisse oder als Ausfluß eines in der Person des Verkäufers wiederhergestellten dinglichen, gegen Jedermann verfolgbaren Rechts angesehen werden muß (für diese zweite Ansicht Staub, Kommentar zum H.G.B. Exkurs zu § 381 Anm. 76 ff), handelt es sich für den Konkurs über das Vermögen des von dem Verkäufer bestimmten

Digitized by Google

Empfängers, des Käufers, nur um eine Frage der juristischen Konstruktion, da in jedem Falle aus der K.Masse nur das ausgesondert werden kann, was darin ist. Für das Konkursrecht tritt ein Interesse an der Entscheidung erst dann hervor, wenn der von dem Verkäufer bestimmte Empfänger der Waare an einen Dritten veräußert hat, der ebenso wie der Empfänger in Konkurs gerathen ist, und nun die Frage entsteht, ob aus dessen Konkurs ausgesondert werden kann. Diese Frage kann nur mit der allgemeinen entschieden werden, ob der Verkäufer das ihm nach § 44 zustehende Rückforderungsrecht auch gegen einen Dritten geltend machen kann. Der § 44 giebt nur ein Recht zur Aussonderung aus der K.Masse des Käufers; denn nur von dieser ist die Rede. Darüber hinaus fehlt jede gesetzliche Grundlage für das behauptete Recht, und da für den Konkurs des Käufers die Annahme, daß das frühere Recht des Verkäufers von selbst ohne Herausgabe der Sache wieder hergestellt sei, nicht nöthig ist, so ist sie auch über den Konkurs des Empfängers hinaus nicht gerechtfertigt. Gegen einen Dritten kann der Verkäufer nur das Recht geltend machen, das ihm, abgesehen von der Vorschrift des § 44, an der Waare zusteht. Vielleicht liegt die Sache so, daß er zu der Zeit, als der G.Schuldner über die Waaren zu Gunsten des Dritten verfügte, noch Eigenthümer war und auch durch die Auslieferung der Waaren an den Dritten das Eigenthum nicht verloren hat. Dann kann er das Eigenthum geltend machen. Aber man darf dabei nicht annehmen, daß, wenn der G.Schuldner Eigenthümer geworden war, etwa die Kenntniß des Dritten von einer Zahlungseinstellung des G.Schuldners oder einem Antrage auf Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Gemeinschuldners bei nachfolgendem Konkurse als böser Glaube den Eigenthumserwerb des Dritten hindern oder ein Rückforderungsrecht des Verkäufers begründen könnte. Die durch solche Kenntniß etwa begründete Anfechtung eines Rechtsgeschäfts des G.Schuldners ist dabei nicht in Frage; sie steht dem K.Verwalter zu. Ebensowenig wird der Rechtserwerb des Dritten, der sich auf ein Rechtsgeschäft mit dem K.Verwalter gründet, dadurch ausgeschlossen, daß er den Aussonderungsanspruch oder gar dessen bereits erfolgte Geltendmachung kennt, da das jus ad rem des Aussonderungsberechtigten den Rechtserwerb nicht hindert. War der Gemeinschuldner Eigenthümer geworden, so leitet der Dritte sein von ihm erworbenes Recht nicht von einem Unberechtigten her und er bedarf nicht erst des Schutzes des guten Glaubens. Das Reichsgericht, RG. 8, 80, vgl. auch 32, 19, hat das Recht der Rückforderung, sofern es gegenüber der K.Masse des Käufers begründet sein würde, wenn die Waare in der K.Masse wäre, auch gegenüber einem Dritten als begründet angenommen und in den früheren Ausgaben ist dieser Ansicht zugestimmt. Das Urtheil des Reichsgerichts gründet sich aber außer auf die Motive (S. 169, 170) nur darauf, daß sich anderwärts das Recht des stoppage in transitu auch als ein Recht gegen Dritte entwickelt habe. Ist das richtig, dann handelt es sich dort um ein im Konkursfall zustehendes Recht; die K.O. § 44 enthält dagegen nur eine Vorschrift über die im Konkurse zustehenden Rechte und auch die Ausführung der Motive hat im Gesetz keinen Ausdruck gefunden. Die Motive zeigen vielmehr, wie mannigfaltig sich das Recht entwickelt hatte. Vgl. Petersen-Kleinfeller Anm. 23; Sarwey-Hoffert Anm. 6; Seuffert § 16, 2, die sich auch für die Wirkung gegen Dritte aussprechen. Die Vorschriften des B.G.B. über den Rücktritt vom Vertrage §§ 346 ff., 325, 326, zur Erläuterung der K.O. heranzuziehen, (Jäger Anm. 6—9) und damit die nur obligatorische Natur der Aussonderung und die Beschränkung des Anspruchs auf die K.Masse zu rechtfertigen, wird freilich auch nicht angehen.

Das Kaufgeschäft zwischen dem Aussonderuden und dem G.Schuldner wird durch die Aussonderung nicht berührt. Mit der Aussonderung wird die Auslieferung der Waare zur K.Masse rückgängig gemacht und, wenn Eigenthumsübertragung vorhergegangen ist, auch diese, da sonst ein dem Rechte des Verkäufers entsprechendes Recht der K.Masse übrig bleiben würde. Eine Einwirkung auf den Bestand des obligatorischen Rechtsverhältnisses folgt daraus aber nicht. Ein Recht, von dem Kaufvertrage zurückzutreten, ist dem Verkäufer nicht beigelegt. Er leidet, wenn der Vertrag bestehen bleibt, unter der Eröffnung des K.Verfahrens nicht mehr als jeder andere Verkäufer, der die Waare noch in seiner

Digitized by Google

Hand hat und nach dem Verlangen des K.Verwalters den Vertrag erfüllen muß, ohne selbst auf der Erfüllung bestehen zu können (§ 17). Es ist kein Grund erkennbar, den Aussonderungsberechtigten auch noch durch Gewährung des Rücktritts vom Vertrage besser zu stellen. Vgl. Motive 168 und Anm. 13.

Ebenso wie dem dritten Erwerber gegenüber ist das Verfolgungsrecht auch dem Pfandgläubiger, Spediteur, Lagerhalter, Frachtführer gegenüber ausgeschlossen. Dagegen hat der vom Destinatär (G.Schuldner) bestellte Spediteur, soweit er nicht als selbstberechtigter Pfandgläubiger Rechte geltend machen kann, dem Verfolgungsberechtigten gegenüber kein Retentionsrecht wegen anderer Forderungen an den G.Schuldner, da er gegen Dritte nicht mehr Rechte haben kann, als sein Autor der G.Schuldner. R.O.H.G. 6, 298; 10, 70; 12, 394; 24, 345. Vgl. diese Entscheidungen zugleich in Betreff der Anwendbarkeit der Landesrechte rücksichtlich ausländischer Schuldner.

Ueber das Verhältniß dessen, der das Verfolgungsrecht ausübt, gegen seinen Bürgen für das Kaufgeschäft vgl. R.O.H.G. 20, 383.

11) Der Absender hat neben dem Rechte, zurückzufordern auch noch den Anspruch auf **Schadensersatz**, den er geltend machen kann, weil der Bestand des zwischen ihm und dem G.Schuldner geschlossenen Vertrags durch die Geltendmachung des Rückforderungsrechts nicht berührt wird.

12) **Der Absender muß das Recht**, wenn es nicht anerkannt wird, **durch Klage verfolgen**. Nach den Vorschriften der C.P.O. kann er Arreste und einstweilige Verfügungen veranlassen. Nach den Grundsätzen über Frachtgeschäfte richtet es sich, ob er sonstige Mittel anwenden kann, um die Auslieferung der Waaren zu hindern. Hat er dies gethan, so kann er dem Begehren des Verwalters auf Auslieferung der Waaren das Recht des § 44 einredeweise entgegenhalten. **RG. 31**, 134.

13) **Abs. 2.** Der Schutz, der in § 44 dem Absender einer Waare gegeben ist, wird überflüssig, wenn der Verwalter sich zur vollen Erfüllung des Kaufgeschäfts bereit erklärt. Es besteht kein Grund, dem Absender über das Verfolgungsrecht hieraus die Möglichkeit zu geben, eine bessere Konjunktur für sich zu benutzen, indem man ihn berechtigt, die Herausgabe der Waare an den Verwalter auch dann abzulehnen, wenn dieser die mit dem G.Schuldner vereinbarte Gegenleistung anbietet. Der Abs. 2 des § 44 bestimmt deshalb, daß die Vorschrift des § 17 Anwendung finden solle, nach der der Verwalter das Recht hat, einen noch von keiner Seite vollständig erfüllten Vertrag zu erfüllen und die Erfüllung von der Gegenseite zu verlangen. Auch hier steht der Verwalter, sobald der Verkäufer oder Einkaufskommissionär von dem Recht des § 44 Gebrauch gemacht hat, wieder vor einem beiderseits noch nicht erfüllten Vertrage. Daß dies Verhältniß erst eingetreten ist, nachdem der Konkurs schon eröffnet war, hat einzelne Autoren bestimmt, die Anwendbarkeit des § 17 abzulehnen, weil sie diese nur dann gelten lassen wollen, wenn alle Voraussetzungen des § 17 vorliegen, das heißt, wenn wirklich zur Zeit der K.Eröffnung von beiden Seiten noch nicht vollständig erfüllt war, der Verkäufer also nur eine Theilleistung zurückzufordern braucht. So die frühere Auflage dieses Buches, ferner Oetker und Busch 14, 29, Jäger Anm. 22. Bei dieser Auffassung aber wird eine nicht gerechtfertigte Bedeutung den Worten des § 17 „zur Zeit der K.Eröffnung" beigelegt. Abgesehen von dem Falle des § 44 können Erfüllungen wider den Willen des Verwalters nach der K.Eröffnung nicht rückgängig gemacht werden. Ein früherer Zeitpunkt aber als die K.Eröffnung kann für den Verwalter, dem allein ein Recht in § 17 gegeben wird, nicht in Betracht kommen. Erfüllungen, die etwa zur Zeit der Zahlungseinstellung noch nicht vorgenommen waren, es aber zur Zeit der K.Eröffnung sind, lassen einem Recht des Verwalters keinen Spielraum mehr. Die Worte „zur Zeit der K.Eröffnung" haben deshalb nicht die Bedeutung eines Gegensatzes zu einer andern Zeit, sondern sind nichts als eine Bezeichnung des Umstandes, daß der Verwalter bei Eintritt seiner Verwaltung unerfüllte Verträge vorfinden kann. Bei dem einzigen Fall aber, in dem der Verwalter erst später solchem unerfüllten Vertrage gegenüber gestellt wird, nämlich dem des § 44, ist die Anwendung des

Digitized by Google

§ 17 ausdrücklich vorgeschrieben. Es muß deshalb die Vorschrift des § 17 auf alle Fälle des § 44 Anwendung finden. Vgl. Anm. 7 zu § 26.

Praktisch wird sich die Sachlage demnach so gestalten: Das Rückforderungsrecht wird zunächst ohne Rücksicht darauf, ob der Verwalter den Vertrag erfüllen will oder nicht, geltend gemacht. Dem Verwalter steht jedoch das Recht zu, den Vertrag selbst zu erfüllen und dessen Erfüllung vom anderen Theile zu verlangen. Thut er dies, so beseitigt er dadurch die Rückforderung. Will der Verwalter nicht erfüllen, so bleibt die Rückforderung in Kraft. Die Pflichten des Absenders sind sodann dieselben wie die des Vertragsgegners im Falle des § 17.

§ 45. (37.)

Die Ehefrau des Gemeinschuldners kann Gegenstände, welche sie während der Ehe erworben hat, nur in Anspruch nehmen, wenn sie beweist, daß dieselben nicht mit Mitteln des Gemeinschuldners erworben sind.

E. I. 42—45. P. 88—92, 94.

1. Entstehung und Absicht der Vorschrift.
2. Bedeutung der Vorschrift für das Aussonderungsrecht der Ehefrau.
3. Aussonderungsrecht der Ehefrau nach bürgerlichem Rechte.
4. Beschränkung der Vorschrift auf den Erwerb der Ehefrau während stehender Ehe.
5. Haftung der Ehefrau für Schulden des Mannes.
6. Nur die Ehefrau fällt unter § 45, nicht der Ehemann.
7. Verhältniß der Vorschrift zu den verschiedenen Güterrechtssystemen.
8. Rechtsnachfolger der Frau.
9. Begriff der Mittel des Mannes.
10. Rechtsgeschäfte mit dem Manne.
11. Die Frau hat theilweise mit den Mitteln des Mannes erworben.
12. Führung des Nachweises durch die Frau.

1) **Entstehung und Absicht der Bestimmung.** Ueber die Anwendbarkeit des § 45 auf Eigenthum, das eine Ehefrau schon vor der Gesetzeskraft der K.O. erworben hat, vgl. Anm. 1 zu E.G. § 9. — Das römische Recht hatte die Ehefrau gegenüber den Gläubigern ihres Mannes begünstigt. Das deutsche Recht läßt sie hinter die Gläubiger völlig zurücktreten; die gleiche Richtung verfolgt das französische Recht. Unsere deutsche K.O. will die Frau rechtlich einem jeden anderen Gläubiger gleich stellen. Sie soll nicht besser gestellt werden wie andere Gläubiger, und die K.O. versagt ihr deshalb für ihre Forderungen im Konkurse jedes Vorrecht (§ 61, vgl. E.G. § 13). Sie soll rechtlich auch nicht schlechter gestellt werden und, was sie nach dem ehelichen Güterrechte zu fordern hat, auch im Konkurse fordern können. Sie wird indessen als thatsächlich und präsumtiv verdächtig behandelt; vgl. außer § 45 die §§ 31 Nr. 2, 32 Nr. 2.

2) Die Vorschrift des § 45 ist die **einzige Konkursvorschrift hinsichtlich des Aussonderungsrechts der Ehefrau.** Sie gilt, wie früher für alle Civilrechte, so jetzt für alle Güterrechtssysteme des B.G.B., welches eheliche Güterrechtssystem auch gesetzlich oder vertragsmäßig unter den Eheleuten bestehen mag; jedoch nur für den Fall des Konkurses. Darüber, was die Frau im Konkurse zu fordern hat, entscheidet das bürgerliche Recht hinsichtlich des von ihr vor der Ehe Erworbenen unbedingt, da § 45 diesen Erwerb nicht berührt; dagegen hinsichtlich des Erwerbes während der Ehe mit der Beschränkung des § 45. Aufgehoben sind alle in den früheren Landesrechten getroffenen Ausnahmevorschriften über dasjenige, was die Frau im K.Falle abweichend vom sonstigen allgemeinen Rechte als auszusondern fordern kann. Das B.G.B. enthält solche Vorschriften nicht. Der in Vorbemerkung zu § 43 für alle Aussonderungsrechte erörterte Grundsatz gilt auch hier aus denselben Gründen. Aufgehoben und unzulässig sind sonach landesgesetzliche Vorschriften, die ein nach den sonstigen allgemeinen Grundsätzen zustehendes Eigenthum der Frau für den K.Fall verneinen, oder ein nach allgemeinen Grundsätzen ihr nicht zustehendes Eigenthum für den K.Fall einräumen. Vgl. E.G. § 4 und Vorbemerkung zu § 43. Aufrecht erhalten bleiben dagegen Vorschriften des bürgerlichen Rechtes 1. über den Einfluß des Konkurses auf die Beendigung der Verwaltungs- oder sonstigen Vermögensrechte zufolge des Vorbehalts im § 25, vgl. Anm. 10 zu § 32; 2. die von der K.O. überhaupt nicht betroffenen Vorschriften über den Einfluß des Konkurses nach beendigtem Konkurse.

Digitized by Google

3) Nach seiner Stellung im Systeme betrifft § 45 nur die Aussonderung, also Ansprüche im Sinne der Vorbemerkung zu § 43, nicht obligatorische K.Forderungen gegen den G.Schuldner. Dafür, was als auszusonderndes, vindizirbares Eigenthum der Frau zu gelten hat und was sie nur als persönliche Forderung (hier also K.Forderung) — oder überhaupt nicht — beanspruchen kann, entscheiden die Rechtsgrundsätze des bürgerlichen Rechtes, die, abgesehen von einem K.Verfahren hinsichtlich des Eigenthumserwerbs für die Ehefrau gelten und namentlich bei einer durch Trennung der Ehe oder sonst erforderlichen Vermögenssonderung hervortreten. Die Ehefrau ist befugt, dasjenige, was sie außerhalb des Konkurses nach dem bürgerlichen Rechte als ihr Eigenthum beanspruchen kann, auch nach Eintritt des K.Verfahrens über das Vermögen ihres Ehemanns als ihr Eigenthum zu verfolgen. Ihre Rechte werden aber auch durch den Konkurs nicht erweitert. Sowohl in Betreff der Surrogation (res succedit in locum pretii et pretium in locum rei), als für jeden anderen Erwerb ist entscheidend: erkennt das bürgerliche Recht an einem Gegenstande das Eigenthum der Ehefrau dem Manne oder seinem Gläubiger gegenüber nicht an, so ist es auch im Konkurse als ein nicht anzuerkennendes zu behandeln. Mot. 174. Die Vorschrift des § 45 über den außer dem civilrechtlich gültigen Erwerbe nöthigen Nachweis gilt nur für den K.Fall; außerhalb des Konkurses sind für den Eigenthumserwerb die Mittel und deren Nachweis einflußlos. RG. 3, 251; Raff.K. 25, 968.

4) Neben der Geltung der bestehenden Rechtssysteme stellt § 45 auf: zur Beanspruchung von Gegenständen, die die Frau während der Ehe erworben hat, muß sie nachweisen, „daß dieselben nicht mit Mitteln des G.Schuldners erworben sind". Die Verdeckung von Geschäften zwischen Mann und Frau, die für die Gläubiger anfechtbar wären, soll vermieden werden. Bei der Unmöglichkeit für die Gläubiger, zu ermitteln, ob und durch welche Operationen ein Vermögensstück an die Stelle eines anderen getreten, ist, wie die Motive sagen, auf den „Kern" der dem römischen, preußischen und französischen Rechte gemeinsamen Vermuthung zurückgegangen, daß Alles von dem Manne oder mit den Mitteln des Mannes erworben sei. Der Beweis, daß der vindizirte Gegenstand nach bürgerlichem Rechte als Eigenthum der Frau erworben, an sie übergeben, auf ihren Namen eingetragen ist, soll nicht genügen; die Frau muß nöthigenfalls durch Aufdeckung aller Rechtsgeschäfte vom ersten ursprünglichen Erwerbe der Mittel bis zum Erwerbe der vindizirten Sache oder rückwärts von diesem Erwerbe bis zur Feststellung des Ursprungs die Erwerbsmittel nachweisen und feststellen, daß der Erwerb unabhängig von den Mitteln des Mannes erfolgt ist. In Uebereinstimmung mit dem Prozeßprinzip der freien richterlichen Beweiswürdigung (C.P.O. § 286) soll durch den Grundsatz des § 45 nicht eine Beweisvermuthung aufgestellt und die Beweisführung oder die Art der Ueberzeugungsmittel in keiner Weise beschränkt sein. Umgekehrt soll der Besitz der Frau nicht eine Vermuthung für sie begründen, und sie vom Beweise nicht entbinden, zumal da der Besitz unter Eheleuten keine ausschließliche Natur hat, und Veränderungen darin für Dritte nicht erkennbar sind. Mot. 180, 181.

5) Die Vorschrift des § 45 ist nicht, wie es scheint, eine bloße Beweisvorschrift, sondern durch den Inhalt dessen, was außer dem sonst rechtlichen Erwerbe bewiesen werden muß, eine materielle Vorschrift, die dem Verwalter sachlich ein Recht giebt, einen an sich sonst civilrechtlich gültigen Erwerb der Ehefrau nicht anzuerkennen, wenn sie den Beweis nicht führt. Dies Recht ist begründet in der bei Nichtführung des Beweises erfolgenden Unterstellung, daß Mittel des Mannes zum Erwerbe benutzt sind. Abgesehen hiervon wird die rechtliche Stellung der Eheleute im Konkurse keine andere als außerhalb eines Konkurses. So gelten gemäß B.G.B. § 1382 die Haushaltungsgegenstände, die von dem Ehemann auf Grund einer natürlichen Verbindlichkeit gegen die Frau an Stelle der von der Frau eingebrachten und verbrauchten angeschafft sind, nicht als Stücke des Ehemanns und gehören deshalb nicht zur K.Masse. Vgl. Planck, Anm. 4 zu B.G.B. § 1382. Ferner sind die nach § 811 C.P.O. nicht der Pfändung unterworfenen und deshalb nach § 1 nicht zur K.Masse gehörigen Gegenstände auch dann frei, wenn sie der Ehefrau angehören und mit Mitteln des Mannes während der Ehe angeschafft sind.

Digitized by Google

Der Grundsatz, daß der Vindikant an die Formen und Fristen des K.Verfahrens nicht gebunden ist (Vorbem. vor § 43), gilt auch für die Ehefrau.

6) Die Güterrechtssysteme, die **eine Haftung der Frau** oder ihres Vermögens **für die Schulden des G.Schuldners** begründen, werden durch die Bestimmungen der K.O. nicht modifizirt. Am Sondergute der Frau würde ihr Eigenthum anerkannt werden müssen; waren Gläubiger (alle oder einzelne) berechtigt, sich an das Sondergut zu halten, so wird dadurch weder der Eigenthumsanspruch der Frau verneint, noch der über das Vermögen des Mannes eröffnete Konkurs berührt. Das Sondergut ist daher aus der K.Masse auszuscheiden, und die Ansprüche von Gläubigern daran fallen außerhalb des K.Verfahrens.

7) **Nur die Ehefrau** ist der Beschränkung des § 45 unterworfen, **nicht der Ehemann**, abw. E. I § 42; vgl. Mot. 184 ff.

8) Der Kreis der Gegenstände, die die Frau überhaupt als aussonderungsfähig in Anspruch nehmen kann, ist verschieden nach **den verschiedenen Güterrechtssystemen**. Die nach früherem Rechte bestehende Streitfrage, ob bei Gütergemeinschaften der Eheleute der Konkurs nur über das Vermögen des Mannes zu eröffnen sei und damit die gesammten gemeinschaftlichen Güter und Schulden umfasse, oder ob daneben ein Konkurs über das Vermögen der Frau nöthig sei, ist durch § 2 entschieden. Danach fällt im Konkurse des Ehemanns bei der allgemeinen Gütergemeinschaft, der Errungenschaftsgemeinschaft und der Fahrnißgemeinschaft, das Gesammtgut in die K.Masse. Die Ehefrau hat also in Bezug auf das Gesammtgut überhaupt keine Aussonderungsmöglichkeit und kann nur (wenn die übrigen Voraussetzungen für die Aussonderung erfüllt sind) aussondern: *ihr ganzes Vermögen* bei dem gesetzlichen Güterrechte, §§ 1363 ff. B.G.B., und bei der Gütertrennung §§ 1426—1431, 1435 f; *eingebrachtes Gut und Vorbehaltsgut* bei der Errungenschaftsgemeinschaft §§ 1519 ff. und der Fahrnißgemeinschaft §§ 1549 ff.; *Vorbehaltsgut und die Gegenstände, die nicht durch Rechtsgeschäft übertragen werden können*, §§ 1439, bei der allgemeinen Gütergemeinschaft §§ 1437 ff. Nach § 1527 wird vermuthet, daß bei der Errungenschaftsgemeinschaft das vorhandene Vermögen zum Gesammtgute, also dem nicht aussonderungsfähigen Vermögen angehört. Für die allgemeine Gütergemeinschaft gilt das Gleiche von selbst, für die Fahrnißgemeinschaft in Ansehung der Fahrniß.

9) Was **die Rechtsnachfolger der Frau** angeht, so gilt die Vorschrift nicht gegenüber den Singular-Successoren der Frau, die ein Recht an dem Gegenstande schon vor der K.Eröffnung erworben hatten. Die Rechte Dritter werden dadurch überhaupt nicht berührt; sie können vindiziren oder die von der Frau rechtsverbindlich konstituirten Rechte geltend machen, ohne den hier erforderten Nachweis, daß die Frau mit ihren Mitteln erworben habe, führen zu müssen, Mandry-Gelb § 28 Anm. 7. — Ueber die Beseitigung einer Simulation vgl. Anm. 10 zu § 29 a. Ende. — Dagegen gilt die Vorschrift gegenüber den Erben der Ehefrau (die nur die Rechte der Frau geltend machen können) hinsichtlich des während der Ehe gemachten auszusondernden Erwerbes unbedingt.

10) Der Nachweis muß einen Erwerb mit „Mitteln" des Mannes als ausgeschlossen darlegen. Mittel des Mannes — ein bisher nicht als juristischer, sondern als volkswirthschaftlicher üblicher Begriff — bedeuten nach dem Gedanken und dem Zwecke des Gesetzes und dem volkswirthschaftlichen Sprachgebrauche alle Sachen und Vermögensrechte, die für den Mann in seinem Verhältnisse zur Ehefrau als sein Vermögen zu gelten haben, also auch die ihm in Folge seiner Nutznießung (B.G.B. §§ 1363, 1383) oder ihrer Beitragspflicht (B.G.B. §§ 1427 Abs. 2, vgl. §§ 1371, 1441, 1526 Abs. 3, 1549 a. a. O.) zustehenden Einkünfte aus ihrem Vermögen, sowie die Belohnung seiner Thätigkeit. Mit seinen Mitteln ist erworben, wenn eine Verminderung seines Vermögens das Mittel war, seiner Frau zu erwerben. Ob die gezahlten Geldstücke gerade Eigenthum des Mannes waren, ist dabei unerheblich. Wenn er ihr die Gelder schuldete oder die Sache anzuschaffen verpflichtet war, z. B. zum Unterhalt, so hat er sein Vermögen nicht vermindert, sondern nur seine Schuld bezahlt. Andererseits ist mit seinen Mitteln auch dann erworben, wenn

Digitized by Google

das Erwerbsmittel darin bestand, daß er allein sich persönlich verpflichtete, wenngleich noch ohne zu zahlen; Dernburg 3 § 26. In den Fällen, wo der Zusammenhang der Mittel und des Erwerbs nicht ohnehin oder unter direkter oder analoger Anwendung der Grundsätze über nützliche Verwendung klar ist, insbesondere auch da, wo der Zusammenhang durch Betheiligung Dritter verdeckt ist, indem ein Dritter von dem Manne und die Frau von dem Dritten erwarb, hat das Prozeßgericht über diese Thatfragen nach freier Thatsachenwürdigung zu entscheiden. — Hat die Frau mit Mitteln ihres Mannes erworben, ihm jedoch vor der K.Eröffnung die verwendeten Mittel erstattet, so ist dadurch der Erwerb mit seinen Mitteln beseitigt (exc. oder repl. doli, Fitting § 22 Anm. 12). Mit welchen anderen Mitteln und ob sie mit ihren Mitteln erworben hat, ist einflußlos. Hat sie die Mittel von Anderen, als von ihrem Manne erhalten, so schadet es ihrem Eigenthumsanspruche nicht, wenn sie denen den Betrag der Mittel noch schuldig ist. — Einer Einlösung nach K.Eröffnung (vgl. Jaeger Anm. 7) steht § 15 entgegen. Durch die Einlösung würde die Ehefrau ein dem § 45 entgegenstehendes Recht an einem zur K.Masse gehörigen Gegenstande erwerben.

11) Einem gültigen Erwerbe der Frau **durch Rechtsgeschäfte mit dem Manne** steht § 45 nicht entgegen. Zunächst ist es Thatfrage, welches Rechtsgeschäft wirklich geschlossen ist. Wenn ihr der Mann etwas schenkte (oder ihr Vermögen zurückgewährte oder sicherstellte, § 25 Nr. 2), so hat sie nicht mit den Mitteln des Mannes, sondern durch ein Rechtsgeschäft von ihrem Manne erworben. Hierfür ist § 45 nicht anwendbar. Soweit civilrechtlich Schenkungen unter Eheleuten gültig (preuß. A.L.R. II. 1 §§ 310 ff.) und nicht nach § 32 anfechtbar sind, bleiben sie wirksam. In dieser Beziehung ist § 32 sedes materiae. Was sie mit gültig geschenkten Mitteln erwarb, hat sie mit ihren Mitteln erworben; Mot. 180, Prot. 37, 38, 149. Vgl. P. § 88 Nr. 1 RG. 14, 21. — Auch entgeltliche Verträge der Eheleute sind, wenn rechtsgültig, (nicht zum Schein geschlossen und nach §§ 29 ff. nicht anfechtbar), ein zulässiger Erwerbsgrund für die Frau. Für die Unanfechtbarkeit sind ebenso wie für die Anfechtbarkeit die §§ 29 ff. und nicht § 45 sedes materiae. Selbst dann, wenn sie mit Mitteln erwarb, die sie durch ein mit ihrem Manne abgeschlossenes, nach §§ 29, 32, 40 anfechtbares Rechtsgeschäft erhalten hat, so hat sie dafür nach § 37 (sedes materiae) aufzukommen, dagegen nicht die mit den erhaltenen Mitteln erworbenen Sachen herauszugeben; sie verliert darum nicht ihre Rechte auf diese und ihr Aussonderungsanspruch darauf wird durch die Anfechtbarkeit nicht aufgehoben; RG. 31. März 1892, Raff.K. 36, 1192; vgl. § 37 Anm. 5–8. — Die Frau hat aber auch für den Vertrag mit dem Manne, um einen von ihrem Manne erworbenen Absonderungsgegenstand beanspruchen zu können, nach § 45 zu beweisen, daß das dem Manne gegebene Entgelt nicht aus seinen Mitteln gegeben ist. Hat sie mit anderen Mitteln gültig durch ein Rechtsgeschäft von dem Manne erworben, so gehört das Erworbene dann zu ihren Mitteln.

12) Hat die Frau theilweise mit Mitteln des Mannes erworben, so ist sie wohl außerhalb des Konkurses Eigenthümerin geworden, sie kann aber den Beweis nicht führen, daß sie nicht mit Mitteln des Mannes erworben hat und deshalb fällt der ganze Gegenstand in die Masse. Dabei ist es im Gegensatz zu Prot. 38, der gemeinen Lehre und den früheren Auflagen dieses Buches gleichgültig, ob der Gegenstand theilbar ist oder nicht, denn auch bei theilbaren Gegenständen hat die Frau das Ganze theilweise mit ihren, theilweise mit den Mitteln des Mannes angeschafft. Die Ehefrau hat aber durch die Verwendung ihrer Mittel auf die in die Masse gehörige Sache die Masse nach Maßgabe des vorhandenen Bestandes rechtlos bereichert und ist insofern jedenfalls Massegläubigerin. Bei Untheilbarkeit will Völderndorff 50, 482 der Frau das Aussonderungsrecht belastet mit dem Erstattungsanspruche des Mannes hinsichtlich seiner Mittel einräumen, ähnlich Jaeger Anm. 8 ihr ein Einlösungsrecht geben. Dernburg 3 § 26 Anm. 7 erklärt allgemeiner für entscheidend, von wem der größere Theil der Mittel herkommt; das Gesetz indeß zwingt den Antheilnehmer des kleineren Theiles nicht, sein Recht zu Gunsten des Anderen aufzugeben.

Digitized by Google

13) Der Nachweis, daß die Frau nicht mit Mitteln des Mannes erworben hat, kann nach der Natur der Sache nur dadurch geführt werden, daß sie positiv beweist, welche Mittel zum Erwerbe verwendet sind. Nach der Konstruktion des Beweisverfahrens der C.P.O. genügt es nicht, wenn die Frau zur Führung des Nachweises die allgemeine Behauptung, sie habe die Sachen nicht mit den Mitteln des G.Schuldners erworben, aufstellen und hierüber Zeugen benennen oder den Eid zuschieben wollte. Dies ist keine Thatsache im Sinne der C.P.O. §§ 373, 445, 450, 475, worüber Zeugenvernehmung oder Eidesleistung zulässig wäre, sondern eine Schlußfolgerung, deren Vorderglieder daher so nachzuweisen sind, daß der Prozeßrichter diesen Schluß als begründet anzuerkennen hat, Bayr. O.L.G. 5. Juni 1886, Seuff. Arch. 42, 102. Die Parteirolle begründet keinen Unterschied, auch als Beklagte muß die Frau den Beweis führen. Wenn der Verwalter den Streitgegenstand besitzt, wird die Frau klagen müssen. Beiden Theilen steht der Weg der Feststellungsklage nach § 256 C.P.O. frei. Auch der Besitz begründet keinen Unterschied; ebenso nicht die dem Besitze gleichzustellende formelle Eintragung von Grundstücken oder Forderungen auf den Namen der Frau, unbeschadet der aus solcher Eintragung oder dem Besitze hervorgegangenen oder sonst rechtsgültig konstituirten Rechte Dritter.

§ 46. (38.)

Sind Gegenstände, deren Aussonderung aus der Konkursmasse hätte beansprucht werden können, vor der Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner oder nach Eröffnung des Verfahrens von dem Verwalter veräußert worden, so ist der Aussonderungsberechtigte befugt, die Abtretung des Rechtes auf die Gegenleistung, soweit diese noch aussteht, zu verlangen. Er kann die Gegenleistung aus der Masse beanspruchen, soweit sie nach der Eröffnung des Verfahrens zu derselben eingezogen worden ist.

E. 1. 46. P. 23, 25, 28, 44.

1. Ersatzaussonderung.
2. Voraussetzung der Ersatzaussonderung.
3. Anspruch auf Ersatzaussonderung ein richtiger Aussonderungsanspruch.
4. Begriff der „Gegenstände".
5. Befugniß zur Veräußerung.
6. Veräußerer.
7. Begriff der Veräußerung.
8. Anspruch auf Abtretung des Rechtes auf die Gegenleistung.
9. Gleiches Aussonderungsrecht des § 392 H.G.B.
10. Anspruch auf die Gegenleistung aus der Masse.
11. Ansprüche neben denen des § 46 a) gegen Dritte.
12. b) gegen die K.Masse.

1) Den Inhalt des in § 46 gegebenen Anspruchs bezeichnet man mit dem Ausdruck **„Ersatzaussonderung"**. Es liegt kein eigentlicher Aussonderungsanspruch vor, vielmehr unterscheidet sich der Anspruch nach § 46 davon in einem wesentlichen Punkte. Während nach den §§ 43—45 vorausgesetzt war, daß die verlangten Gegenstände sich noch unveräußert in der Masse befanden, so daß die Herausgabe von nicht zur Masse gehörigen Gegenständen gefordert werden konnte, richtet sich im Falle des § 46 der dem Aussonderungsberechtigten gewährte Anspruch auf zur K.Masse Gehöriges. Denn es wird im § 46 dem Berechtigten, der an einem bestimmten Gegenstand ein Aussonderungsrecht hatte, auch dann ein Recht gegeben, wenn dieser Gegenstand entweder von dem Verwalter oder vor der K.Eröffnung von dem G.Schuldner veräußert und in Folge solcher Veräußerung an den dritten Erwerber herausgegeben worden ist oder werden muß. Der Berechtigte kann dann die Gegenleistung, soweit sie nach der K.Eröffnung zur Masse eingezogen ist, und die Abtretung des Rechtes auf Gegenleistung, soweit sie noch aussteht, verlangen. Nach den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes ist es sachgemäß gefunden, daß an Stelle des Entzogenen mindestens die noch vorhandene Gegenleistung gewährt wird, weil andernfalls die Masse um den Werth des Entzogenen gegenüber dem Berechtigten bereichert sein würde, B.G.B. § 816. — Eine analoge Ausdehnung der Vorschrift zu Gunsten dessen, der einen Absonderungsanspruch hat, ist unzulässig, RG. 28, 149.

Digitized by Google

2) Ebenso wie für § 43, **besteht auch für diese Ersatzaussonderung die Voraussetzung**, daß, abgesehen von der Veräußerung des Gegenstandes, dessen Aussonderung zur Zeit der Geltendmachung verlangt werden könnte, und zwar noch zur Zeit der Klagerhebung. Ist bis dahin eine Ersitzung vollendet, so kommt sie dem G.Schuldner, für den der Verwalter weiter besitzt, zu Gute und steht dem Aussonderungsanspruch entgegen. Hellwig, Civ. Arch. 68, 227 ff. Der Anspruch steht Jedem zu, der auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechtes gemäß einer der Vorschriften der §§ 43—45 die Aussonderung hätte beanspruchen können, falls die Veräußerung nicht erfolgt wäre. Es ist ein persönlicher Anspruch gerichtet auf Ersatz für die Unmöglichkeit der Aussonderung; nicht ein Vindikationsrecht ist gewährt; aber gemäß der Stellung des § 46 im System ein Recht auf Aussonderung des Ersatzes (des abzutretenden Rechtes oder der eingezogenen Gegenleistung).

3) **Der Anspruch ist**, ebenso wie der aus § 43, **ein richtiger Aussonderungsanspruch**, nicht ein Masseanspruch, also vor den Masseschulden zu befriedigen, Hellwig a. a. O. S. 242 ff., 244 ff.

4) **Der Begriff der „Gegenstände"** ist in der allgemeinen Bedeutung der Anm. 2 zu § 43 zu verstehen und § 46 findet auf alle Fälle Anwendung, in denen, wenn die fremde Sache oder Forderung noch nicht veräußert wäre, ihre Herausgabe oder Abtretung vermöge des Aussonderungsrechts gemäß §§ 43—45 aus der Konkursmasse verlangt werden kann. Mot. 187. Vgl. Präj. d. Obertrib. Nr. 224a, R.O.H. 9, 232. — Ueber die Anwendbarkeit des § 46 auf alle nach der Gesetzeskraft der K.O. eröffneten Konkurse vgl. Anm. 1 zu E.G. 9.

5) Ob eine **Befugniß zur Veräußerung** bestand, ob diese berechtigt oder rechtswidrig war, macht keinen Unterschied. Daß eine rechtswidrige im § 46 vorausgesetzt sei (Stieglitz Anm. 1 zu 1), widerspricht dem Grunde und Zwecke der Vorschrift. War der G.Schuldner Eigenthümer (§ 44) oder war er zur Veräußerung kraft ehemännlicher oder väterlicher Gewalt berechtigt, so muß der Aussonderungsberechtigte sich allerdings die Veräußerung gefallen lassen; aber die im § 46 allein gegebene Voraussetzung, daß er die Aussonderung hätte beanspruchen können, wenn der Gegenstand nicht veräußert wäre, liegt auch bei einer berechtigten Veräußerung vor und die Anwendung des § 46 entspricht auch dann dem angegebenen Grunde des Gesetzes. Hat der Eigenthümer die Veräußerung genehmigt, so wird nach den Umständen zu prüfen sein, ob er sich damit des Aussonderungsrechtes begeben hat, oder nicht. Mot. 187. Fitting § 22 Anm. 13; Völderndorff zu c S. 488; Hellwig a. a. O. S. 224; Mandry-Geib § 28 und Anm. 11 dazu.

6) **Der Veräußerer kann** der G.Schuldner oder der K.Verwalter sein. War es der G.Schuldner, so muß die Veräußerung vor der K.Eröffnung stattgefunden haben. Durch die Veräußerung eines nicht zur K.Masse gehörigen Gegenstandes nach der K.Eröffnung, an der der G.Schuldner auch durch § 7 nicht gehindert ist, wird die K.Masse überhaupt nicht berührt. Ob die Veräußerung unmittelbar durch den G.Schuldner oder durch seine Vertreter erfolgte, ist unerheblich. Auch eine Zwangsversteigerung ist eine vom G.Schuldner oder Verwalter vorgenommene Veräußerung, da bei der Zwangsversteigerung gegen den G.Schuldner dessen Zustimmung durch das Gesetz ersetzt wird, und bei der vom Verwalter beantragten Zwangsversteigerung dessen Wille für die Veräußerung entscheidet.

7) **Die Veräußerung** sowohl seitens des G.Schuldners vor der K.Eröffnung, als auch seitens des Verwalters nach der K.Eröffnung ist gemäß dem allgemeinen **Begriff einer Veräußerung** verstanden; sie muß aber eine entgeltliche sein, da eine Gegenleistung vorausgesetzt ist. Die Einziehung einer fremden Forderung ist an sich begrifflich nicht eine Veräußerung, sofern nach der Sachlage (vgl. Hellwig a. a. O. S. 224) dem Berechtigten seine Forderung gegen seinen Schuldner bleibt; sie ist jedoch entsprechend der Absicht des Gesetzes einer Veräußerung im Sinne des § 46 gleichzustellen, Petersen-Kleinfeller Nr. 3; Endemann S. 348; Sarwey-Bossert Anm. 4. — Auch eine Verpfändung kann als Veräußerung in Betracht kommen. Ging z. B. die Verabredung dahin, daß dem G. Schuldner für die als Pfand hingegebenen fremden Werthpapiere ein Darlehen gegeben

Digitized by Google

werden sollte, so stellt die inzwischen an den Verwalter eingegangene Darlehensſumme die Gegenleiſtung für jene Verpfändung dar. Dieſe unterliegt der Erſatzausſonderung und wird gerechter Weiſe dem Ausſonderungsberechtigten zur Wiedereinlöſung des Pfandes dienen.

8) Der Berechtigte kann **die Abtretung des** aus der Veräußerung begründeten **Rechtes auf die Gegenleiſtung,** ſoweit dieſe noch ausſteht, verlangen. Der § 46 ſchafft hierdurch den Fall einer nothwendigen Zeſſion. Der Berechtigte macht die Rechte des G.Schuldners oder des Verwalters geltend, es bedarf daher einer Abtretung dieſer Rechte; eine Uebertragung der Forderung kraft Geſetzes (§ 412 B.G.B.) liegt nicht vor. (Völderndorff zu e, S. 488, 489; Fitting § 22 Anm. 13). — Ob eine Gegenleiſtung noch ausſteht, und welche Rechte und Einwendungen der Drittſchuldner oder ein Anderer geltend machen kann, iſt nach bürgerlichem Rechte zu beurtheilen. Der Ausſonderungsberechtigte kann nur die Abtretung des der K.Maſſe zuſtehenden Rechtes auf die Gegenleiſtung, ſoweit ſie noch ausſteht, verlangen, alſo ohne Gewährleiſtung der K.Maſſe. Vgl. den analogen Ausdruck „ſoweit die Forderung beſteht" in C.P.O. § 835 Abſ. 2, Völderndorff zu e, Endemann S. 348.

9) Einen **ebenſolchen Ausſonderungsanſpruch gewährt** außer der K.O. der § 392 H.G.B. Nach ihm gilt die Forderung des Kommiſſionärs aus einem Geſchäfte, das er abgeſchloſſen hat, im Verhältniß zwiſchen ihm und dem Kommittenten als eine Forderung des Kommittenten, dieſer iſt alſo im Konkurſe ausſonderungsberechtigt. Er kann aber ſeine Forderung dem Schuldner gegenüber erſt nach der Abtretung geltend machen. Siehe § 43 Anm.

10) Der Berechtigte kann **die Gegenleiſtung „aus der Maſſe"** beanſpruchen, „ſoweit ſie nach der Eröffnung des Verfahrens zu derſelben eingezogen worden iſt", alſo zur Zeit der K.Eröffnung noch ausſtand, und dann vom Verwalter eingezogen iſt; nicht, wenn der G.Schuldner ſie ſchon eingezogen hat, indem dann auch keine Bereicherung der Maſſe gemäß § 59 Nr. 3 vorliegt, vgl. Anm. 5a zu § 59. Sind fremde Gegenſtände zugleich mit ſolchen des G.Schuldners für einen ungetheilten Preis veräußert (Mobilien eines Anderen mit dem Grundſtücke des G.Schuldners verſteigert), ſo kann der Berechtigte von der zur Maſſe eingezogenen Gegenleiſtung einen dem Werthverhältniſſe entſprechenden Theil oder die Abtretung des Rechtes auf einen ſolchen Theil verlangen, **RG.** 8, 204.

11) Neben den in § 46 gegebenen Rechten können beſtehen

a) **Anſprüche gegen Dritte.** Kann der Berechtigte nach der Veräußerung die Sache vom Dritten fordern, ſo behält er dies Recht. Die civilrechtlichen Beſtimmungen hierüber ſollen durch § 46 weder beſchränkt noch erweitert ſein. Mot. 185. Der Berechtigte hat das Recht aus § 46 neben ſeinen ſonſtigen civilrechtlichen Befugniſſen. Der Verwalter kann ſeine Verpflichtungen aus § 46 nicht durch Verweiſung auf die möglichen Rechte gegen Dritte ablehnen. Hat jedoch der Berechtigte bereits den veräußerten Gegenſtand von dem Dritten erhalten, ſo iſt dadurch ſein Ausſonderungsrecht befriedigt und konſumirt, ein Recht aus § 46 mithin nicht mehr begründet. Macht der Berechtigte das abgetretene Recht auf die Gegenleiſtung geltend, ſo genehmigt er dadurch die Veräußerung. Hellwig a. a. O. S. 231 ff. Hat der Verwalter die Gegenleiſtung nach § 46 abgetreten oder gewährt und der Berechtigte erhält nachher auf Grund ſeines Rechtes von dem Dritten den Gegenſtand (unentgeltlich), ſo kann der Verwalter von ihm die Gegenleiſtung zurückfordern. B.G.B. § 812.

12) b) **Weitere Anſprüche gegen die K.Maſſe.** Die ſonſtigen Anſprüche des Berechtigten aus einer wiſſentlichen oder unwiſſentlichen Verletzung des Berechtigten werden durch § 46 nicht berührt. Sofern eine Verſchuldung des Verwalters bei einer von ihm vorgenommenen Veräußerung vorliegt, kann der Berechtigte einen Anſpruch als Maſſegläubiger nach § 59 Nr. 1 geltend machen. Hellwig a. a. O. S. 243. Falls er ſonſt einen Anſpruch geltend zu machen hat, entweder dafür, daß der Gegenſtand von dem Verwalter für eine unzureichende Gegenleiſtung veräußert iſt, oder dafür, daß ſchon der G.Schuldner nach ſeiner Veräußerung ſelbſt den Erlös eingezogen hat, oder für ſonſtige Verſchuldung des G.Schuldners, ſo hat er nur einen Entſchädigungsanſpruch als K.Gläubiger.

Digitized by Google

Fünfter Titel.
Absonderung.

Die Absonderungsberechtigten (Separatisten ex jure crediti) entziehen, ähnlich den Aussonderungsberechtigten (Separatisten ex jure dominii), der K.Masse gewisse Vermögensstücke oder Theile, und brauchen nicht nothwendig persönliche Gläubiger des G.Schuldners zu sein. Die Aussonderung betrifft jedoch fremde Gegenstände, die Absonderung dagegen Gegenstände, die dem G.Schuldner und daher an sich zur K.Masse gehören. Ueber die Begrenzung der Absonderungsrechte und über das Verfahren der abgesonderten Befriedigung sind im § 4 die allgemeinen Grundsätze gegeben. Vgl. Anm. 1 u. 2 zu § 4. Die Absonderungsansprüche sind gegen den Verwalter als den Vertreter des G.Schuldners, zu dessen K.Masse die Absonderungsgegenstände gehören, geltend zu machen. Die Formen und Fristen der K.O. sind hierfür, wie für die Aussonderungsberechtigten nicht maßgebend. Die Geltendmachung erfolgt außerhalb des K.Verfahrens; wird sie nicht durch gütliche Einigung erledigt, so hat der Berechtigte gegenüber dem Verwalter zum Zwecke der Verwerthung des Gegenstandes dieselben Rechte wie außerhalb des Konkurses. Ueber die Nothwendigkeit der Genehmigung des Gläubigerausschusses für die Anerkennung, Klagerhebung, Pfandeinlösung, Vergleich und Schiedsvertrag, bei denen es sich um mehr als 300 M. handelt, vgl. § 133 Nr. 2, § 136. Ueber die Art der Befriedigung des Absonderungsberechtigten vgl. Anm. zu §§ 126, 127.

Im Tit. 5 und in den §§ 14—17 des E.G., von denen jedoch die §§ 14—16 durch E.G.K.O.N. aufgehoben sind und der § 17 gemäß § 43 des Hypothekenbankgesetzes vom 13. Juli 1899 durch andere Vorschriften ersetzt ist, ist festgestellt, an welchen Vermögensstücken und für welche Ansprüche ein solches Absonderungsrecht im Konkurse anerkannt wird. Die darin enthaltene Reform der namentlich im gemeinen Rechte sehr verwirrten Verhältnisse geht von den Grundsätzen aus:

Um einen Absonderungsanspruch im Konkurse zu gewähren, muß die rechtliche Trennung des Gegenstandes der Absonderung von der K.Masse unabhängig vom K.Verfahren begründet sein. Denn der Konkurs bringt nur die dann schon vorhandenen Ansprüche zum Austrag. Der Gegenstand muß also zur Zeit der K.Eröffnung bereits der allgemeinen Bestimmung des Vermögens, für alle persönlichen Verbindlichkeiten des G.Schuldners zu dienen, entzogen und in einen abgesonderten Kreis und Zweck der ausschließlichen oder vorzugsweisen Verhaftung für die Forderung getreten sein; über die Ausnahmefälle, in denen auch nach der K.Eröffnung noch Absonderungsrechte erworben werden können, vgl. §§ 15, 24 und die Anm. daselbst. Bei dem Konkurs über einen Nachlaß und über das Gesammtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft ist andererseits der Erwerb der Absonderungsrechte zeitlich noch weiter durch den Eintritt des Erbfalls beschränkt. Vgl. §§ 221, 236.

Die weiteren Vorschriften über die Begründung eines Absonderungsrechts sind durch das B.G.B. und die Vorschriften dieses Titels gegeben. Diese Vorschriften beziehen sich auf die abgesonderte Befriedigung aus Immobilien (§ 47), auf rechtsgeschäftliche Pfandrechte (§ 48), auf die diesen gleichgestellten gesetzlichen Pfand-, Vorzugs- und Zurückbehaltungsrechte und das Pfändungspfandrecht (§ 49), auf die abgesonderte Befriedigung von Gemeinschaftsgenossen aus dem gemeinschaftlichen Gegenstand (§ 50), und endlich auf die Befriedigung aus Lehen, Stammgütern und Fideikommissen (§ 51). Das in dem früheren § 43 enthaltene Recht des Nachlaßgläubigers ist in die Vorschriften des B.G.B. übergegangen.

Hinsichtlich der ausschließlichen Anwendbarkeit der Vorschriften der K.O. über Absonderungsrechte auf alle nach der Gesetzeskraft eröffneten Konkurse, vgl. E.G. § 11 und hinsichtlich der Vorbehalte für die Landesgesetzgebung zur Bewilligung von Vorrechten für bisherige Absonderungsrechte, vgl. E.G. §§ 12, 13. — Durch die Reichsgewerbeordnung § 85 Abs. 2 (Fassung vom 26. Juli 1900) und die Gesetze vom 16. April 1892 über die Krankenversicherung § 73 Abs. 2 ist den Gläubigern der Innungskrankenkasse ein Recht

Digitized by Google

auf abgesonderte Befriedigung aus dem Vermögen der Kasse eingeräumt, das von dem sonstigen Innungsvermögen getrennt gehalten wird. — Wegen der Sonderung der Vermögensmassen einer offenen Handelsgesellschaft und einer Kommanditgesellschaft vgl. Anm. zu §§ 209, 212.

§ 47. (39.)

Zur abgesonderten Befriedigung dienen die Gegenstände, welche der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen unterliegen, für diejenigen, welchen ein Recht auf Befriedigung aus ihnen zusteht.

E. I. 47. P. 31, 46—71, 263, 266—271. K.O.N.

1. Inhalt des § 47.
2. Gegenstände.
3. Was unterliegt der Zw Vollstr. ins unbew. Verm.
4. Ansprüche, für die abgesf. Befriedigung verlangt werden kann, I. nach Bürgerlichem Gesetzbuch,
5. II. nach Landesrecht.
6. Recht der Konsulargerichtsbezirke.
7. Verfahren.
8. Eigentümerhypothek und Grundschuld.
9. Absonderungsrecht eines bevorrechtigten Gläubigers.

1) **Der § 47 betrifft** das Absonderungsrecht am unbeweglichen Vermögen, die §§ 48, 49 das an Gegenständen des beweglichen Vermögens. Die Scheidung ist jedoch danach bestimmt, ob ein Gegenstand den Vorschriften der Zwangsvollstreckung in unbewegliches oder bewegliches Vermögen unterliegt, da diese Scheidung nach den maßgebenden Vorschriften nicht nur für das Verfahren, sondern auch für die Bestimmung der Ansprüche, mit denen das Absonderungsrecht verbunden ist, und der Rangordnung durchgeführt ist. (C.P.O. §§ 864, 865; Ges. über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung vom 20. März 1897 in der Fassung vom 20. Mai 1898.) Der § 47 befaßt sich danach nicht damit, selbständig zu bestimmen, was zum unbeweglichen Vermögen gehört, mit welchen Ansprüchen das Absonderungsrecht verbunden ist, in welcher Rangordnung die Ansprüche zu befriedigen sind, und in welchem Verfahren die Befriedigung herbeigeführt wird. Das Verfahren fällt schon nach § 4 außerhalb des K.Verfahrens. Auch im Uebrigen enthält der § 47 nur eine stillschweigende Verweisung auf die neben der K.O. geltenden den Gegenstand betreffenden Gesetze, und da diese jetzt Reichsgesetze sind, neben denen die Landesgesetze nur in dem ihnen vorbehaltenen beschränkten Umfange gelten, so ist der frühere Abs. 2 des § 39 a. F., der noch eine ausdrückliche Verweisung auf die Reichsgesetze und die Landesgesetze enthielt, ebenso wie im ersten Absatz die eingehendere Bezeichnung der Ansprüche gestrichen worden.

2) Die Bezeichnung „**Gegenstände**" ist in derselben allgemeinen Bedeutung wie im § 42 zu verstehen. Vgl. Anm. 3 zu § 42 und die folgende Anm. 3.

3) **Nach den §§ 864, 865 C.P.O. sind die Gegenstände, die der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen unterliegen,**

a) die Grundstücke,

b) „die Berechtigungen, für welche die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten". Das sind: das Erbbaurecht B.G.B. § 1017 Abs. 1 und die in den Artt. 63 u. 68 E.G. z. B.G.B. den Grundstücken gleichgestellten landesrechtlichen Einrichtungen des Erbpachtrechts mit Einschluß des Büdnerrechts und des Häuslerrechts und des Rechts auf Gewinnung von nicht dem Bergrecht unterliegenden Mineralien. Ferner bleiben der Landesgesetzgebung vorbehalten und unterliegen nach ihr den Vorschriften über Grundstücke: die Mühlengerechtigkeiten (E.G. z. B.G.B. Art. 65), das Bergwerkeigenthum (Art. 67), die Fischereigerechtigkeiten (Art. 69), vererbliche und übertragbare Nutzungsrechte an einem Grundstücke (Art. 196). Durch C.P.O. § 871 ist schließlich dem Landesrecht die Regelung der Zwangsvollstreckung in ein Nutzungsrecht an einer Eisenbahn oder Kleinbahn vorbehalten; sie ist für Preußen in § 58 des Gesetzes betreffend das Pfandrecht an Privateisenbahnen und Kleinbahnen ꝛc. vom 19. August 1895 (G.S. S. 499) erfolgt.

c) Die im Schiffsregister eingetragenen deutschen Schiffe sowie ausländische Schiffe, die, wenn sie deutsche wären, in das Schiffsregister eingetragen werden müßten, Zw.V.

Digitized by Google

Ges. § 171; alle anderen Schiffe und auch die Schiffsparten (C.P.O § 858) unterliegen der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen.

d) Die Gegenstände, auf die sich bei Grundstücken die Berechtigungen und Hypotheken, bei Schiffen das eingetragene Pfandrecht erstreckt. Das sind:

I. die vom Grundstück getrennten, aber dem Eigenthümer oder Eigenbesitzer noch gehörigen Erzeugnisse und sonstigen Bestandtheile und das Zubehör mit Ausnahme der Stücke, die nicht in das Eigenthum des Grundstückseigenthümers gelangt sind, (B.G.B. §§ 1120—1122); ferner die Mieth- und Pachtzinsforderungen (B.G.B. §§ 1123—1125); die mit dem Eigenthum am Grundstück verbundenen Rechte auf wiederkehrende Leistungen (B.G.B. § 1126) und die Forderung auf die Versicherungssumme (B.G.B. §§ 1127—1130). Mit Ausnahme der Zubehörstücke aber sind diese Gegenstände nur dann der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen entzogen, wenn ihre Beschlagnahme im Wege der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen erfolgt ist. C.P.O. § 865 Abs. 2 Ueber die Berechtigung des Gläubigers, Befriedigung aus dem Erlös der vom Verwalter veräußerten Erzeugnisse oder Zubehörstücke zu verlangen (RG. 42, 85), vgl. Anm. zu § 127.

II. Bei Schiffen das Schiffszubehör, zu dem auch die Schiffsboote gehören, mit Ausnahme der Stücke, die nicht in das Eigenthum des Schiffseigenthümers gelangt sind (B.G.B. § 1265, H.G.B. §§ 478 u. 755, Binnensch.Ges. § 103 Abs. 1). Die Versicherungsgelder gehören nicht dazu.

III. Landesgesetzlich auf Grund des im E.G.B.G.B. Art. 112 gemachten Vorbehaltes in Preußen die Privateisenbahnen und Kleinbahnen als Bahneinheiten. Nach dem Gesetz vom 19. August 1895 in der durch Gesetz vom 11. Juni 1902 (G.S. S. 237) veränderten Fassung finden auf die Zwangsvollstreckung in die Bahneinheit die Reichsgesetze und die zu deren Ausführung und Ergänzung dienenden Landesgesetze über die Zwangsvollstreckung in Grundstücke mit gewissen Maßgaben entsprechende Anwendung (§§ 20—36). Nach Erlöschen der Genehmigung für das Bahnunternehmen erlangen die bei der Zwangsversteigerung zu berücksichtigenden Gläubiger abgesonderte Befriedigung durch die Zwangsliquidation der Bahneinheit (§§ 40—53).

4) **Das bürgerliche Recht** — die Reichsgesetze oder das am Orte der belegenen Sache geltende Landesrecht, — das auch jetzt noch in den in Anm. 5 genannten Fällen in Betracht kommt — bleibt ferner maßgebend dafür, für welche Ansprüche, in welchem Umfange (Zinsen, Kosten) und in welcher Rangordnung eine abgesonderte Befriedigung verlangt werden kann, und damit auch, in welchem Verhältnisse die Rechte solcher Berechtigten zu dem Pfändungs-Pfandrechte an beweglichen Zubehörstücken eines Immobile stehen.

I. Das Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung bestimmt (§ 10, 162) die zu berücksichtigenden Ansprüche und deren Rangordnung, nach § 155 auch für die Zwangsverwaltung. Den Landesgesetzen ist vorbehalten, unter den zu berücksichtigenden öffentlichen Lasten, § 10 Nr. 3, eine Rangordnung festzustellen. E.G.Zw.V.G. § 4. Für Preußen ist dies durch A.G.Zw.V.G. v. 23. Sept. 1899 §§ 1, 2 unter näherer Bestimmung, was als öffentliche Last anzusehen ist, geschehen. Für die in Preußen bei der Zwangsversteigerung, Zwangsverwaltung oder Zwangsliquidation zu berücksichtigenden Ansprüche geben die §§ 26, 48 des in Anm. 3 erwähnten Gesetzes vom 11. Juni 1902 nähere Bestimmungen. Unter den Ansprüchen aus Rechten an dem Grundstücke (§ 10 Nr. 4 Zw.V.G.) kommen in Betracht zunächst die Ansprüche aus den Immobiliar-Pfandrechten, nämlich der Hypothek (§ 1113), der Grundschuld (§ 1192) und der Rentenschuld, ferner die Ansprüche aus Reallasten, denen die Renten gleichgestellt sind, die ein Grundeigenthümer wegen Ueberschreitung der Grenze mit einem Bau oder wegen Einräumung eines Nothweges zu zahlen hat (B.G.B. §§ 912—914, 916, 917), endlich die Ansprüche auf Wertherſatz für ein durch den Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren erloschenes Recht (Zw.V.G. § 92). Außerdem bleibt das für einen jeden Gläubiger durch die Beschlagnahme im Wege der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung erlangte Recht auf abgesonderte Befriedigung bestehen, § 13 (Zw.V.G. § 10 Nr. 5).

Digitized by Google

5) II. **Das Landesrecht** bleibt auch fernerhin in Gültigkeit für:

a) die dem Landesrecht vorbehaltenen Materien, die in Anm. 3b aufgeführten, vgl. dazu E.G. z. Zwangsvollst.Ges. §§ 2 u. 3; ferner gemäß besonderer Feststellung im § 52 für die Befriedigung aus den Lehen, Stammgütern und Familien-Fideikommissen, vgl. dazu E.G.B.G.B. Art. 59 und schließlich bezüglich der Rangordnung bei der Befriedigung öffentlicher Lasten gemäß E.G.Zw.Verst.Ges. § 4;

b) die Uebergangszeit: soweit das Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsverfahren noch nach dem alten Rechte eingeleitet war. E.G. z. Zw.Verst.Ges. § 15. Die übrigen Vorbehalte des Landesrechts, daß für die schon vor dem 1. Januar 1900 eröffneten Konkurse nach Art. V E.G. zur K.O.N. das bisherige materielle Recht maßgebend bleibt, und daß auch die Rechte, mit denen eine Sache oder ein Recht zur Zeit des Inkrafttretens des B.G.B. belastet ist, nach E.G.B.G.B. Art. 184 mit dem sich aus dem bisherigen Gesetze ergebenden Inhalt und Range bestehen bleiben, haben ihre Bedeutung dadurch verloren, daß nach E.G.B.G.B. Artt. 192—195 die bestehnden Pfandrechte au Grundstücken und Grundschulden in Hypotheken und Grundschulden des neuen Rechtes umgewandelt sind.

6) **In den Konsulargerichtsbezirken** gelten nach § 19 Ges. vom 7. April 1900 (R.G.Bl. S. 213), in Kraft gesetzt vom 1. Jan. 1901 an durch Verordnung vom 25. Oktbr. 1900 (R.G.Bl. S. 999), als landesgesetzlich die dem bürgerlichen Rechte angehörenden Vorschriften der Reichsgesetze und der daneben innerhalb Preußens im bisherigen Geltungsbereiche des preuß. A.L.R. in Kraft stehenden allgemeinen Gesetze. Hinsichtlich der Immobiliar-Absonderungsrechte sind keine Ausnahmen hiervon gemacht. In Ansehung des unbeweglichen Vermögens entscheiden die Gesetze der Gerichtsbarkeit, unter der es sich befindet. §§ 20, 21, 37 Ges. vom 7. Apr. 1900; Art. 2 der Verordnung vom 25. Oktbr. 1900; Verordnung v. 25. Oktbr. 1900 für Tientsin (R.G.Bl. S. 1000). Der Konsulargerichtsbarkeit sind nach § 2 Ges. vom 7. Apr. 1900 die in den Konsulargerichtsbezirken wohnenden oder sich aufhaltenden Reichsangehörigen und Schutzgenossen unterworfen, begreiflicher Weise aber nicht die Grundstücke des Auslandes. Die Vorschriften der Reichsgesetze können daher nur mit der erforderlichen Berücksichtigung des Territorial-Landesrechts behufs der Ausführbarkeit zur Geltung kommen, wie auch für das Verfahren hinsichtlich der Verwerthung der Grundstücke das Territorial-Landesrecht seine Geltung behält. — Hinsichtlich der **deutschen Schutzgebiete** vgl. Reichsgesetze vom 17. Apr. 1886 und 15. März 1886, Redaktion vom 19. März 1888 (R.G.Bl. S. 75); preuß. Min.-Verf. vom 1. Mai 1891 (J.M.Bl. S. 129).

7) **Das Verfahren,** in dem die Befriedigung der Absonderungsberechtigten aus Gegenständen der Immobiliar-Zwangsvollstreckung erfolgt, ist durch das Zw.Verst.Ges. vom 24. März 1897 (R.G.Bl. S. 97, neue Fassung 1890 S. 719) geregelt.

8) **Auch die Eigenthümer-Hypothek und -Grundschuld** (B.G.B. §§ 889, 1163, 1168 bis 1177, 418, 1192, 1200, C.P.O. §§ 868, 932) geben für den Fall der Zwangsversteigerung ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstücke (vgl. Planck, Anm. 2 zu § 889, für das frühere Recht Entsch. des Ob.Trib. 12, 66; Strieth. 14, 142; Dernburg 1, § 338; Eccius 3, § 200 N. 4). Sie können entweder zur Zeit der K.Eröffnung bereits für den G.Schuldner erworben sein, oder nachher durch den Verwalter erworben werden, wenn dieser z. B. als Vertreter des G.Schuldners den Gläubiger befriedigt. Der Erlös fließt dann in die Masse. Erfolgt aber die Befriedigung während des Verfahrens durch den G.Schuldner selbst aus Mitteln, die er nachträglich erworben hat, oder vereinigt sich nach der K.Eröffnung etwa durch Erbfolge das Gläubigerrecht oder die Hypothek mit dem Eigenthum in der Person des G.Schuldners, so entsteht zwar, da der G.Schuldner auch während des Verfahrens Eigenthümer des Grundstücks bleibt, ebenfalls eine Eigenthümer-Hypothek oder -Grundschuld (B.G.B. §§ 1173, 1177); diese gehört aber, da sie nicht zur Zeit der K.Eröffnung dem G.Schuldner zustand, nicht zur Masse, sondern zu dem freien Vermögen des G.Schuldners, der also über sie verfügen oder den Erlös bei der Zwangsversteigerung für sich in Anspruch nehmen kann. Das Gleiche gilt, wenn ein Gläubiger

Digitized by Google

auf die Hypothek verzichtet (B.G.B. § 1168); doch kann der Verzicht auch auf einem mit dem K.Verwalter geschlossenen Rechtsgeschäfte beruhen und dann gehört die Eigenthümer-Hypothek oder Grundschuld zur Masse, ebenso wie im Falle der Aufhebung durch Rechtsgeschäft, zu der für den G.Schuldner der K.Verwalter zuzustimmen hat (B.G.B. § 1183). Erwirbt in Folge des Verzichts der G.Schuldner die Hypothek zu seinem konkursfreien Vermögen, dann wird freilich auch nach dem Grundsatze des B G.B. § 1165 anzunehmen sein, daß die persönliche Forderung im Konkurse insoweit nicht geltend gemacht werden kann, als sie ohne den Verzicht aus der Hypothek hätte befriedigt werden können; die K.Masse, aus der die K.Forderung zu befriedigen wäre, würde sonst ebenso, wie wenn der persönliche Schuldner, der nicht der Eigenthümer ist, und von diesem, hier dem G.Schuldner, Ersatz verlangen kann, das durch B.G.B. § 1164 begründete Recht auf Erwerb der Hypothek verlieren und doppelt belastet werden. Nach § 64 kann zwar der absonderungsberechtigte Gläubiger, soweit er auf abgesonderte Befriedigung verzichtet, seine Forderung als K. Gläubiger geltend machen, aber dabei ist ein Verzicht vorausgesetzt, der nicht einen Uebergang der Hypothek auf den G.Schuldner zur Folge hat. Erlischt die Forderung, für die die Hypothek bestellt ist, z. B. durch Eintritt einer Bedingung oder in Folge einer Zeitbestimmung, oder gelangt die Forderung nicht oder die Hypothek nicht für den Gläubiger zur Entstehung, so gehört die Eigenthümerhypothek (B.G.B. § 1163) zur K.Masse, weil die Belastung, soweit sie für einen Dritten ein Recht begründet, von vornherein beschränkt war. Für die Grundschuld gelten die gleichen Grundsätze, B.G.B. § 1192. Verzichtet ein Gläubiger, der keine Hypothek oder Grundschuld hat, auf das ihm zustehende Recht auf abgesonderte Befriedigung aus dem unbeweglichen Vermögen (§ 64), so tritt weder der G.Schuldner, noch die K.Masse an dessen Stelle; die nachstehenden Berechtigten rücken auf.

9) **Sofern ein Gläubiger, der ein Vorzugsrecht,** d. h. nach § 61 Nr. 1, 2, 3 ein Vorrecht an der Masse **hat,** oder nach §§ 58 Nr. 2, 59 den Betrag als Massegläubiger zu fordern berechtigt ist, zugleich nach bürgerlichem Rechte Befriedigung aus der Immobiliarmasse verlangen kann (vgl. P. §§ 47—50), stehen ihm diese Rechte nebeneinander zu. Der K.Verwalter kann das Vorrecht des § 61 und die Rechte der Massegläubiger, die die K.O. als unbedingte gewährt, nicht durch Verweisung auf die Immobiliarmasse ablehnen, sondern nur, wenn eine Befriedigung aus dieser bereits erfolgt ist, den Anspruch selbst als befriedigt bestreiten, oder bei späterer doppelter Befriedigung wegen rechtloser Bereicherung das von ihm Gezahlte zurückfordern; Anm. 11 zu § 46. Hat der Verwalter einen dieser Berechtigten, der eine Hypothek oder Grundschuld an einem zur Masse gehörigen Grundstücke hat, befriedigt, so gilt das oben in Anm. 8 Gesagte.

§ 48. (40.)

Gläubiger, welche an einem zur Konkursmasse gehörigen Gegenstand ein durch Rechtsgeschäft bestelltes Pfandrecht haben, können aus den ihnen verpfändeten Gegenständen abgesonderte Befriedigung wegen ihrer Pfandforderung verlangen, zunächst wegen der Kosten, dann wegen der Zinsen, zuletzt wegen des Kapitals.

E. I. 48. P. 32, 253, 264. K.O.N.

1. Abgrenzung des § 48.
2. Gegenstände.
3. Erstreckung der Pfandhaft.
4. Kollision zwischen Mobiliar- und Immobiliarpfandrecht.
5. Pfandforderung.
6. Verfahren der Absonderung.
7. Kosten, Zinsen, Kapital.
8. Rangordnung verschiedener Pfandrechte.
9. Bestellung, Uebergang und Untergang des Pfandrechts.
10. Früheres Recht.

1) **Der § 48 umfaßt alle Gegenstände,** die nicht unter den § 47 fallen, d. h. der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen unterliegen, und handelt von dem durch Rechtsgeschäft bestellten Pfandrechte im Gegensatz zu § 49, der den gesetzlichen und Pfändungspfandrechten Absonderungsfähigkeit verleiht. Er enthält im Gegensatz zu seiner

Digitized by Google

früheren Fassung (Faustpfand) keine Vorschrift über die Erfordernisse der Bestellung, überläßt diese also dem bürgerlichen Recht, nach dem deshalb beurtheilt werden muß, ob ein Pfandrecht durch Rechtsgeschäft bestellt ist und mit welchen Wirkungen. Es verleiht nur diesen Wirkungen Absonderungskraft im Konkurse des Pfandeigenthümers. — Mit der Einführung des im ganzen Bereiche der K.O. geltenden B.G.B. sind auch die §§ 14 bis 16 E.G. zur K.O. überflüssig geworden, die bis dahin mit dem alten § 40 K.O. die einheitliche Grundlage des Absonderungsrechts an beweglichen Sachen geschaffen hatten.

2) Der Ausdruck **Gegenstand** umfaßt das, was in der früheren Fassung des Paragraphen als bewegliche körperliche Sache, Forderung oder anderes Vermögensrecht bezeichnet war, und bleibt damit in Uebereinstimmung mit dem B.G.B. Das B.G.B. § 1204 und § 1273 kennt ein Pfandrecht nur an beweglichen Sachen und Rechten, und auch von diesen wieder ist eine selbständige Verpfändung stehender und hängender Früchte nicht zulässig (§ 93 B.G.B.), und Rechte, die nicht übertragen werden können, können auch nicht verpfändet werden (§ 1274 Abs. 2 B.G.B.). Dahin gehören außer den Rechten, die nur höchst persönliche Befugnisse verleihen, Rechte, denen kraft besonderer Bestimmung des B.G.B. die Uebertragbarkeit genommen ist. Eine vollständige Aufzählung findet sich bei Planck, Anm. 3 zu § 1274 B.G.B. Von allen Pfandrechten kommen ferner hier nur solche an Gegenständen der K.Masse in Betracht. Pfandrechte an fremden, auszusondernden Sachen sind nicht nach der K.O. zu beurtheilen, sondern nebst der Aussonderung selbst nach den außerhalb des K.Verfahrens geltenden Gesetzen. Ein Pfand, das nicht dem G.Schuldner gehört, kommt als Absonderungsgegenstand nicht in Betracht, **R.G. 22**, 331, sonach auch nicht eine verpfändete Forderung eines Dritten, selbst wenn sie auf dem Grundstücke des G.Schuldners eingetragen ist, R.O.H. **9**, 38 ff.; ebenso im Konkurse einer Handelsgesellschaft nicht die Forderung, die nicht die Gesellschaft, sondern ein einzelner Gesellschafter als Pfand gegeben hat. **R.G. 7**, 88; a.M. Völderndorff **1**, 508, 520. Eine Einschränkung ergiebt sich aus dem Inhalt des § 47. Danach sind also ausgeschlossen bewegliche Sachen, Forderungen und Rechte, die Zubehör oder Theile des unbeweglichen Vermögens des G.-Schuldners sind. Es unterliegt ferner, wenn Schiff, Fracht und Ladung verbodmet sind, H.G.B. §§ 79 ff., das Pfandrecht am Schiffe dem § 47, das Pfandrecht an Fracht und Ladung dem § 48.

3) Die Gegenstände, **auf die sich die Pfandhaftung** ohne besondere Pfandbestellung **mit erstreckt**, sind im B.G.B. mit bestimmt. Es sind nach § 1212 die vom Pfande getrennten Erzeugnisse, nach § 1289 die Zinsen einer Forderung, nach § 1296 die Zins-, Renten- oder Gewinnantheilscheine, wenn sie mit übergeben sind. Jeder verpfändete Gegenstand haftet für die ganze Forderung (§ 1222), bei Verpfändung einer Forderung tritt gemäß §§ 1287, 1288, wenn sie erfüllt ist, die geleistete Sache an Stelle der Forderung.

4) Es sind **Kollisionen zwischen Mobiliar- und Immobiliarpfandrecht möglich.** Im Falle der Kollision eines behaupteten Mobiliarpfandrechts an streitigen Zubehörstücken, natürlichen oder civilen Früchten ist zunächst festzustellen, ob sie noch zur Immobiliarmasse gehören und welche Absonderungs- und Widerspruchsrechte namentlich gegenüber einer Mobiliarpfändung (§ 49) den Immobiliargläubigern zustehen.

5) Nur wegen ihrer **Pfandforderung** kommt den Gläubigern das Absonderungsrecht zu, nicht für andere Forderungen, auch nicht für neue Vorschüsse, die der Pfandgläubiger ohne Pfandbewilligung macht. Das gemeinrechtliche streitige sog. Gordianische Privileg aus c. un. C. etiam ob chir. pec. 8, 27 (schon vom preuß. A.L.R. I. 20 § 171 beseitigt), giebt es im B.G.B. nicht. Für Handelssachen ist jedoch das Zurückbehaltungsrecht im Umfange des H.G.B. § 369 im § 49 Nr. 4 aufrecht erhalten; Mot. 206 Prot. 40. — Für die Pfandforderung hat der Gläubiger dasselbe Absonderungs- und Vorrecht im Konkurse, wie außerhalb. Maßgebend ist daher nach B.G.B. § 1210 „der jeweilige Bestand" der Forderung, der sich nach dem Gesetze und den vertragsmäßigen Verpfändungsbestimmungen richtet. Nach dem Gesetze (B.G.B. § 1210) haftet das Pfand für Zinsen, Verzugsfolgen, Vertragsstrafen, Kosten, Verwendungen, Auslagen, Verschuldung u. s. w., für Zinsrückstände nur, soweit sie nicht verjährt sind. Unerheblich ist, ob der Pfandgläubiger noch der

Digitized by Google

Vertragsgläubiger ist, das Pfand geht mit der Forderung auf einen neuen Gläubiger über, B.G.B. § 1250. Ausnahmsweise haftet für eine andere als die Pfandforderung das Pfand dann, wenn die durch das Pfand gesicherte Forderung in einem kaufmännischen Kontokorrent eingestellt ist: nach H.G.B. § 356 darf der Gläubiger sich auch wegen einer in eine Saldoforderung verwandelte Forderung in Höhe der eingestellten Pfandforderung aus dem Pfande befriedigen.

6) Ueber das **Verfahren**, in dem der Gläubiger seine Befriedigung sucht, vgl. § 127.

7) Von dem Grundsatze des § 4 Abs. 2, daß die abgesonderte Befriedigung unabhängig vom Konkursverfahren erfolge, macht der § 48 insofern eine Ausnahme, als er mit Rücksicht auf die mögliche Betheiligung der absonderungsberechtigten Gläubiger am K.Verfahren bestimmt, daß aus dem verpfändeten Gegenstande zunächst die **Kosten, dann die Zinsen, zuletzt das Kapital** getilgt werden soll. Dies ist deshalb von Bedeutung, weil die seit der Eröffnung des K.Verfahrens laufenden Zinsen der absonderungsberechtigten Forderung im K. nicht geltend gemacht werden können, § 63 Nr. 1, so daß diese aus dem Pfande befriedigt werden können und das Kapital dann bei der Vertheilung im K.Verfahren ungeschmälert Berücksichtigung findet. Unter den Kosten sind dabei alle dem Pfandgläubiger entstandenen zu verstehen, für die das Pfand nach dem bürgerlichen Recht haftet (nicht bloß die Kosten für die Verwerthung, Völderndorff 1, 504 zu K.), also nach B.G.B. § 1210 Abs. 2 die Kosten der Kündigung, der Rechtsverfolgung und des Pfandverkaufs.

Nicht genannt werden in § 48 die Vertragsstrafen und die Verwendungen, für die das Pfand nach § 1210 Abs. 1 ebenfalls haftet Sie sind mangels einer besonderen Feststellung in gleichem Range mit dem Kapital zu befriedigen.

Der im § 48 bezüglich der Reihenfolge, Zinsen, Kosten, Kapital aufgestellte Grundsatz hat Geltung auch für die Absonderungsansprüche der §§ 47 und 49, vgl. Zw.Verst.-Ges. § 12, B.G.B. § 367.

8) **Eine Rangordnung** der Vertragspfandrechte ist in der K.O. nicht bestimmt. Es regelt sich nach dem B.G.B. (§ 1209), ob, für wen und in welchem Umfange die Berücksichtigung einer Forderung im Verhältnisse Mehrerer untereinander, insbesondere bei Kollisionen verschiedener Forderungen stattzufinden hat, vgl. darüber Anm. 3 zu § 49. Jeder Pfandgläubiger hat auch dem Verwalter, wie anderen Pfandgläubigern gegenüber das Recht auf den Erlös nur nach Verhältniß der gesetzlichen Rangordnung; hat der Verwalter die prioritätisch Berechtigten aus der Masse befriedigt, so gebührt ihm für die Masse der darauf fallende Antheil des Erlöses, der Nachstehende erhält dadurch kein Alleinrecht auf den Gesammterlös und überhaupt kein größeres als sonst gegenüber den Prioritätsgläubigern, vgl. Anm. 2 zu § 47 Anm. 1 zu § 57.

9) **Bestellung, Uebergang und Untergang des Pfandrechts** sind lediglich nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu beurtheilen, vgl. §§ 1204—1256, 1258, 1273 bis 1296. Danach gehört zur gültigen Pfandbestellung Einigung von Gläubiger und Schuldner über das Pfandrecht und Uebergabe der Pfandsachen. An Stelle der Uebergabe kann nach § 1205 Abs. 2 bei einer im mittelbaren Besitz des Eigenthümers befindlichen Sache die Uebertragung des mittelbaren Besitzes treten, verbunden mit der Anzeige der Verpfändung an den Besitzer. Die Verpfändung ohne Uebergabe der Sache selbst erfolgt demnach heute nicht nur durch Uebergabe von Dispositionspapieren, sondern schon durch die bloße mündliche Abtretung der Forderung auf Herausgabe der Sache, so daß auf diese Weise ein Pfandrecht für mehrere Personen an derselben beweglichen Sache bestellt werden kann. Für den Standpunkt des früheren Rechts vgl. **RG. 43**, 70 ff. Die Verpfändung eines Rechts erfolgt unter der Form der Uebertragung, B.G.B. § 1274, Wechsel und andere Ordrepapiere müssen indossirt, Inhaberpapiere übergeben werden; B.G.B. §§ 1292, 1293. — Fiduciarische Uebertragung, die zu Sicherheitszwecken unter der Form der Eigenthumsübertragung geschehen ist, giebt auch nichts Anderes als ein Recht auf abgesonderte Befriedigung, dies aber auch dann, wenn die Formen der Verpfändung nicht gewahrt sind, also die Uebergabe nur durch constitutum possessorium erfolgt war; sofern nicht etwa nur eine Simulation vorliegt vgl. **RG. 24**, 45.

Digitized by Google

Ein Pfandrecht entsteht nach B.G.B. §§ 232, 233 auch durch eine Hinterlegung von Geld oder Werthpapieren zum Zwecke der Sicherheitsleistung und wenn diese Hinterlegung auf Grund einer Vereinbarung der Parteien geschieht, so ist das Pfandrecht ein vertragsmäßiges.

Der Uebergang des Pfandrechts kann nur gleichzeitig mit der gesicherten Forderung erfolgen, B.G.B. § 1250. Untergang des Pfandrechts tritt bei Fortbestehen der Forderung vor Allem dann ein, wenn das Pfand dem Verpfänder zurückgegeben wird, und zwar trotz ausdrücklichen Vorbehalts einer Fortdauer des Pfandrechts, B.G.B. § 1253.

Auch wenn der G.Schuldner als Pfandeigenthümer nicht der persönliche Schuldner des Gläubigers ist, besteht das Absonderungsrecht. Das Pfandrecht an fremden Sachen kann mit und ohne Einwilligung des Eigenthümers bestellt werden, soweit es sich nur nicht (außer bei Geld und Inhaberpapieren) um gestohlene oder verlorene Sachen handelt und der Pfandgläubiger nicht bösgläubig war, B.G.B. § 1207. Für den guten Glauben vgl. auch H.G.B. §§ 366, 367. Folge der in gutem Glauben angenommenen Verpfändung ist, daß alle an der Pfandsache schon bestehenden Rechte hinter das des Pfandgläubigers zurücktreten. Ueber die Frage, ob § 1207 auch auf Pfändungs- und gesetzliche Pfandrechte Anwendung findet, vgl. Anm. 4 zu § 49.

10) Das frühere Recht kann noch jetzt zur Anwendung kommen in Konkursen, die vor dem 1. Januar 1900 eingeleitet sind, Art. V E.G. z. K.O.N. und für die Beurtheilung von Pfandrechten, die vor dem Inkrafttreten des B.G.B. entstanden waren. Für solche Pfandrechte wurden in dem alten § 40 in Verbindung mit den §§ 14—17 E.G. (a. F.) einheitlich die Grundsätze bestimmt, nach denen Absonderungsrechte mit Wirksamkeit für das K.Recht allein anerkannt werden sollten. Es mußten Faustpfandrechte sein, d. h. die K.O. ging davon aus, daß ein unmittelbares und ausschließliches Verhältniß des Pfand-(Absonderungs-)Rechts zur Sache vorhanden und Jedermann, insbesondere den anderen Gläubigern erkennbar sein müßte, Vorb. vor § 47. Den Pfandrechten ohne Besitz, den gemeinrechtlichen Hypotheken, wurde die Wirkung im Konkurse versagt; Mot. 196, 197. Die §§ 14—17 E.G. bezeichneten das Mindestmaß der Voraussetzungen für ein Faustpfandrecht, ohne die ein, wenngleich sonst nach bürgerlichem Rechte begründetes Pfandrecht keine Wirkung im K.Falle hatte, **RG. 19**, 26. Für die Entstehung eines gültigen Faustpfandrechts mußten jedoch auch die außerdem nach dem bürgerlichen Rechte nothwendigen Voraussetzungen vorliegen, E.G. § 16. Dies gilt namentlich von den Formen der Begründung, **RG.** 8, 113. In Folge des Zurückgreifens auf das bürgerliche Recht hinsichtlich der Entstehung eines Pfandrechts kann eine Kollision der örtlichen Rechte in oder außer dem Deutschen Reiche hinsichtlich der Frage entstehen, welche Gesetze darüber entscheiden, ob ein civilrechtliches Pfandrecht erworben und nicht wieder verloren ist. Entscheidend sind hierfür beim Pfandrechte an beweglichen körperlichen Sachen die Gesetze des Ortes, wo sich die Sache zur Zeit der Pfandrechtserwerbung befindet; **RG.** 8, 113; Savigny 8, 175, 191 ff., 289; Strieth. **73**, 72; R.O.H. **6**, 80 (die Vorschrift des A.L.R. Einl. § 28, die nur die Besitz-, Gebrauchs- und Verfügungsrechte, nicht den Erwerb betrifft, war hier nicht anwendbar). Für das Pfandrecht an Forderungen ist deren Sitz, in der Regel der Wohnort des Drittschuldners oder, wenn für die Forderung eine Sache zur Sicherheit haftet, also namentlich bei Verpfändung von Hypothekenforderungen der Ort dieser belegenen Sache bestimmend, vgl. C.P.O. § 23. In gleicher Weise entscheiden, soweit in Betreff der Wirkung das bürgerliche Recht neben der K.O. maßgebend bleibt, dieselben örtlichen Rechte und für das Pfandrecht an körperlichen Sachen das Recht des Orts, wo sich die Sache zur Zeit der Ausübung des Absonderungsrechts befindet. Vgl. Windscheid § 35; Stieglitz Anm. IX; Sarwey-Boffert Anm. 2 zu 1; Fitting § 19 Anm. 8, 9.

Ueber das Erlöschen eines nach dem alten § 17 E.G. begründeten Pfandrechts ist im § 53 des Hypothekenbankgesetzes vom 13. Juli 1899 eine besondere Vorschrift gegeben, durch die der Uebergang zur Anwendung der Vorschriften des neuen § 17 (Hyp.B.G. § 43) vermittelt wird.

Digitized by Google

§ 49. (41.)

Den in § 48 bezeichneten Pfandgläubigern stehen gleich:

1. die Reichskasse, die Staatskassen und die Gemeinden, sowie die Amts-, Kreis- und Provinzialverbände wegen öffentlicher Abgaben in Ansehung der zurückgehaltenen oder in Beschlag genommenen zoll- und steuerpflichtigen Sachen;
2. diejenigen, welche an gewissen Gegenständen ein gesetzliches oder ein durch Pfändung erlangtes Pfandrecht haben; das dem Vermiether und Verpächter nach den §§ 559, 581, 585 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zustehende Pfandrecht kann in Ansehung des Mieth- oder Pachtzinses für eine frühere Zeit als das letzte Jahr vor der Eröffnung des Verfahrens, sowie in Ansehung des dem Vermiether oder Verpächter in Folge der Kündigung des Verwalters entstehenden Entschädigungsanspruches nicht geltend gemacht werden; das Pfandrecht des Verpächters eines landwirthschaftlichen Grundstücks unterliegt in Ansehung des Pachtzinses der Beschränkung nicht;
3. diejenigen, welche etwas zum Nutzen einer Sache verwendet haben, wegen des den noch vorhandenen Vortheil nicht übersteigenden Betrags ihrer Forderung aus der Verwendung, in Ansehung der zurückbehaltenen Sache;
4. diejenigen, welchen nach dem Handelsgesetzbuche in Ansehung gewisser Gegenstände ein Zurückbehaltungsrecht zusteht.

Die in Abs. 1 Nr. 1 bezeichneten Rechte gehen den in Abs. 1 Nr. 2—4 und den in § 48 bezeichneten Rechten vor.

E. I. 49. P. 33. 36. K.O.N.

1. Inhalt des § 49.
2. Gleichstellung mit den Pfandgläubigern des § 48.
3. Rangordnung der verschiedenen Absonderungsrechte.
4. Schutz des guten Glaubens bei gesetzlichen und Pfändungspfandrechten.
5. Zu Nr. 1.
6. Zu Nr. 2 I. Pfändungspfandrecht.
7. Zusammentreffen des Pfändungspfandrechts mit anderen Pfandrechten.
8. II. die gesetzlichen Pfandrechte.
A. Die gesetzlichen Pfandrechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
9. Das Pfandrecht an der Sicherheitsleistung.
10. Sicherheitsleistung u. Hinterlegung.
a) Hinterlegung des Geschuldeten durch den Schuldner.
b) Hinterlegung des Erlöses durch den Gerichtsvollzieher.
c) Hinterlegung durch den Drittschuldner gemäß § 853 C.P.O.
11. Das Pfandrecht des Vermiethers.
12. Vermiether.
13. Forderungen des Vermiethers.
14. Eingebrachte Sachen des Miethers.
15. Das Pfandrecht des Verpächters.
16. Das Pfandrecht des Pächters.
17. Das Pfandrecht des Unternehmers.
18. Das Pfandrecht des Gastwirths.
19. B. Die gesetzlichen Pfandrechte des Handelsrechts.
20. Zu Nr. 8 Forderungen aus Verwendung.
21. Zu Nr. 4 Die Zurückbehaltungsrechte des Handelsrechts.

1) Der § 49 schließt den Kreis der von der K.O. bestimmten Absonderungsrechte durch Verleihung des Rechtes an die gesetzlichen und die Pfändungspfandrechte, denen es die Verwendungsansprüche an zurückbehaltenen Sachen und die Zurückbehaltungsrechte des Handelsgesetzbuchs hinzufügt. An die Spitze gestellt ist das allen anderen Pfand- und Vorzugsrechten vorangehende Privileg der öffentlichen Verbände wegen öffentlicher Abgaben. Was für gesetzliche Pfandrechte bestehen, ist aus den anderen Reichsgesetzen festzustellen; in Folge der Verweisung auf sie können durch Begründung neuer Pfandrechte auch jeder Zeit neue Absonderungsrechte geschaffen werden (vgl. im Uebrigen § 4). Der frühere § 41 enthielt in 9 Nummern eine Aufzählung namentlich der gesetzlichen Pfandrechte, die wegen der Verschiedenheit der Landesgesetzgebung nöthig war, im Uebrigen besteht gegen früher eine Aenderung nur in der Redaktion des Paragraphen.

Digitized by Google

2) Die Gläubiger des § 49 stehen den Vertragspfandgläubigern gleich, d. h. gemäß dem systematischen Zusammenhange mit § 48, sie sind mit diesen gleichberechtigt in der abgesonderten Befriedigung im Konkurse ihres Schuldners, also in allen durch die K.O. geordneten Beziehungen. „Die Gleichstellung ist eine allgemeine für alle Beziehungen der Pfandgläubiger zur K.Masse", namentlich auch hinsichtlich der Anwendung der §§ 4, 48, 64, 118, 120, 127, 153. Insoweit diese Beziehungen nicht in Frage kommen, bleibt das bürgerliche Recht unberührt und für den Inhalt der einzelnen Rechte, für die Art ihrer Ausübung, das Recht zum Verkauf und das Verhältniß gesetzlicher und vertragsmäßiger Pfandrechte, und der verschiedenen Rechte unter einander maßgebend. Mot. 217, 218; (und zwar soweit vor 1. Januar 1900 begründete Pfandrechte in Betracht kommen, das am Orte des K.Gerichts geltende Recht, RG. 25. Nov. 1890, J.W. 1891 S. 10). Von den Absonderungsrechten werden nach § 49, wie nach § 48 nur Vermögensgegenstände des G.Schuldners betroffen, da nur sie zur K.Masse gehören und den Vorschriften der K.O. bei der Befriedigung daraus unterliegen. Sachen eines Dritten kann dieser nach § 43 vindiziren; ob an solchen dann Jemand ein Pfandrecht hat, ist bei diesen nicht zur K.Masse gehörigen Gegenständen nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes und nicht der K.O. zu entscheiden, sofern nicht über das Vermögen des dritten Vindikanten der Konkurs eröffnet wird und dann für diesen Konkurs ein K.Absonderungsrecht in Frage steht. RG. 7, 88; Anm. 2 zu § 48. A.M. Völderndorff 1, 508.

3) Die Gleichstellung trifft auch das Verhältniß der Berechtigten untereinander. Die Rangordnung verschiedener Absonderungsrechte für den Fall einer Kollision ist im Allgemeinen weder durch die Reihenfolge des § 49, noch überhaupt durch die K.O. bestimmt, vgl. § 4 Abs. 2. Gegen einander müssen daher die einzelnen Absonderungsberechtigten ihre Prioritätsrechte nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes zum Austrage bringen. Mot. 219, 220. Die Kollisionen können schon dadurch entstehen, daß dem Pfandgläubiger des § 48 die Verfolgung des Pfandes in der Hand eines anderen Pfandinhabers sowohl vom B.G.B., als auch vom H.G.B. gestattet wird. In Betreff einzelner Kollisionen vgl. Anm. 7.

Die K.O. bestimmt nur, daß die Abgabeprivilegien in Nr. 1 allen übrigen Absonderungsrechten an beweglichen Sachen vorgehen sollen. Dieselbe Bestimmung enthielt schon das Vereinszollgesetz vom 1. Juli 1869 §§ 14, 100 (vgl. Reichsverfassung Art. 40, Prot. v. 15. Okt. u. 25. Nov. 1870. B.G.Bl. S. 651. 657 und v. 23. Nov. 1870, B.G.Bl. 1871 S. 25). Das H.G.B. giebt sodann noch einzelne Sondervorschriften über die Rangordnung von gesetzlichen Pfandrechten, nämlich im § 443 wegen der Pfandrechte des Kommissionärs (§ 397), des Spediteurs (§ 410), des Lagerhalters (§ 421), des Frachtführers (§ 440); in den §§ 771 Abs. 2, 776, 777 wegen des Pfandrechts der Schiffsgläubiger, der Berger und Hülfeleister; ferner die §§ 104, 106—109, 117 des Binnenschiffahrts-Ges. und § 29 des Flößerei-Ges. wegen derselben Forderungen.

Im Uebrigen gilt, wie für Vertragspfandrechte (B.G.B. § 1209) so für gesetzliche Pfandrechte (B.G.B. § 1257) und beide untereinander, und ebenso für Pfändungspfandrechte C.P.O. § 804 unter sich und im Verhältniß zu den beiden anderen Pfandrechten das Prioritätsprinzip, die Zeit der Entstehung ist für den Rang des Pfandrechts maßgebend.

Daß die gesetzlichen Pfand- und Zurückbehaltungsrechte mit einem nach § 1205 bestellten Vertragspfandrecht zusammentreffen können, ist schon gesagt. Ueber die Möglichkeit von Kollision eines Pfändungspfandrechts mit den andersartigen Pfandrechten vgl. Anm. 7.

Zu berücksichtigen bleibt bei der Geltung des Prioritätsprinzips der Einfluß des guten Glaubens, demzufolge nach B.G.B. § 1208 jedenfalls ein Vertragspfandrecht an beweglichen Sachen (nicht an Rechten), das ohne Kenntniß eines früher begründeten vertraglichen, gesetzlichen oder Pfändungspfandrechts bestellt ist, diesen älteren Rechten vorgeht.

4) Ob der Schutz des guten Glaubens bei gesetzlichen Pfandrechten ebenfalls gegeben ist, ist nicht unstreitig. Staub, Kommentar zum H.G.B. Anm. 75 ff. zu § 368, Endemann, Einführung in das Studium des B.G.B. II S. 536 Anm. 21 und S. 545 Anm. 19 wollen den § 1257 B.G.B. so verstanden wissen, daß alle Vorschriften über Ver-

Digitized by Google

tragspfandrechte auf die gesetzlichen Pfandrechte anzuwenden seien, so daß die ausdrückliche Bestimmung des H.G.B. § 366, in der die gesetzlichen Pfandrechte des Kommissionärs, Spediteurs, Lagerhalters und Frachtführers hinsichtlich des Schutzes des guten Glaubens dem Vertragspfandrechte gleichgestellt werden, nicht als eine Spezialvorschrift, sondern nur als Ausfluß der allgemeinen Bestimmung des B.G.B. aufzufassen seien. Dem steht der Wortlaut des § 1257 entgegen, daß die Vorschriften über das Vertragspfandrecht auf ein kraft Gesetzes „entstandenes" Pfandrecht, nicht also auf die Entstehung entsprechende Anwendung finden sollen. Es ist ferner nicht anzunehmen, daß bei der Revision des Handelsgesetzbuchs, bei der Alles gestrichen ist, was im B.G.B. geregelt ist, die überflüssige Bestimmung des § 366 Abs. 2 aufgenommen sein würde, um so weniger, als der Abs. 1 eine Erweiterung der im B.G.B. zum Schutze des guten Glaubens gegebenen Vorschriften enthält. Endlich ist bisher unbestritten, daß das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers sich nur auf die Sachen des Miethers erstreckt, die in dessen Eigenthum stehen, daß der Vermiether an Sachen Dritter, selbst wenn sie ihm eingebracht sind (das würde nach § 1257 der Uebergabe einer vertraglich verpfändeten Sache „entsprechen") kein Pfandrecht erwirbt. Es ist aber nicht ersichtlich, warum dies gesetzliche Pfandrecht anders als die übrigen behandelt werden sollte. Ebenso Planck B.G.B. § 1257 Anm. 3a. Mot. z. B.G.B. III S. 797; Jaeger Anm. 12 zu § 48. — Das Pfändungspfandrecht genießt den Schutz des guten Glaubens unbestritten nicht.

5) **Zu Nr. 1.** Die „Reichskasse" ist nicht bloß die Hauptkasse zu Berlin, sondern sämmtliche Kassen des Reichsfiskus. Ueber dessen rechtliche Stellung s. Raff.-K. **23**, 481 ff. Vgl. ferner Vereinszollges. v. 1. Juli 1869 §§ 14, 100—134, 135, 156 B.G.Bl. S. 317; Reichsverf. Artt. 33—40, R.G.Bl. 1871 S. 72; Prot. v. 15. Okt. u. 25. Nov. 1870, B.G.Bl. S. 651, 657 und v. 23. Nov. 1870 X., B.G.Bl. 1871 S. 25; Zollges. v. 15. Juli 1879, R.G.Bl. S. 207; Spielkartenstempel, Reichsges. v. 3. Juli 1878 §§ 2, 3, 10, 11, R.G.Bl. S. 133. Das Vorrecht das diesen Forderungen vor allen anderen Rechten an den zurückgehaltenen oder in Beschlag genommenen zoll- oder steuerpflichtigen Sachen zusteht, gilt nach Art. III E.G. z. K.O.N. auch außerhalb des Konkurses. — Ein Absonderungsrecht besteht nicht wegen direkter Steuern außer dem Falle einer Pfändung, Mot. 208. Vgl. Endemann S. 401. Petersen-Kleinfeller Anm. 5; Jaeger Anm. 1—3.

6) **Zu Nr. 2 I. Pfändungspfandrecht.** Voraussetzung ist eine gesetzliche Pfändung. Als solche wirkt vor Allem die im Wege der gerichtlichen Zwangsvollstreckung oder der Vollziehung eines gerichtlichen Arrestes erfolgte gemäß C.P.O. §§ 804, 928, 930. Die einzelnen Pfändungspfandrechte rangiren nach der Priorität unter einander. Die Pfändung muß vor der K.Eröffnung wirksam erfolgt sein; eine Vorpfändung nach C.P.O. § 845, der erst nach der K.Eröffnung eine Pfändung nachfolgte oder nachfolgen sollte, genügt nicht. Vgl. K.O. §§ 14, 15 — Es genügt indeß auch eine im Verwaltungswege erfolgende Sicherungs- oder Vollstreckungspfändung, soweit sie gesetzlich als Pfändung anerkannt ist; ebenso jede andere als gesetzlich nach Landesrecht anerkannte Pfändung. Vgl. preuß. A.G. zur C.P.O. v. 24. März 1879 § 14; E.G. z. B.G.B. Art. 89; preuß. Feld- u. Forst-Pol.-Ges. v. 1. April 1880 §§ 77, 78. — Vorausgesetzt ist immer eine nach inländischem deutschen Rechte erfolgte Pfändung. Eine ausländische Pfändung (oder K.Eröffnung), kann, selbst wenn sie nach ausländischem Rechte ein Pfandrecht begründet, als Grund eines Absonderungsrechts nach § 49 Nr. 2 nicht wirken, da für die Rangordnung und die K.Beeinflussung im deutschen Konkurse nur das Recht am Orte des Konkurses, also eine nach diesem Rechte gesetzliche Pfändung maßgebend ist, vgl. Einl. § 4 und **RG.** 25. Nov. 1890, J.W. 1891 S. 10; wie auch §§ 4, 50 deutlich die Berücksichtigung eines nur auf ausländischem Rechte beruhenden Absonderungsrechts ablehnen. Eine ausländische Pfändung hinsichtlich der zum inländischen Konkurse gezogenen Vermögensgegenstände kann daher einen Erfolg nur indirekt herbeiführen, wenn diese Gegenstände, z. B. Forderungen an Ausländer oder an solche, die nur der ausländischen Gerichtsbarkeit unterworfen sind, nur unter Berücksichtigung derartiger Pfändungsansprüche zur Masse zu erlangen sind; dann beruht indeß diese Wirkung nicht auf § 49, sondern darauf, daß die Gegenstände andern-

Digitized by Google

falls thatsächlich für den Konkurs nicht zu haben sind, weil dieser nicht im Auslande wirkt; theilweise abw. Kohler S. 627, 650.

7) Ueber die Rangordnung des Pfändungspfandrechts vgl. Anm. 3. Das Pfändungspfandrecht geht auch außer dem Konkurse allen nicht gemäß §§ 48, 49 begründeten Pfand- und Vorzugsrechten vor, C.P.O. § 804. Gegenüber einem nach §§ 48, 49 begründeten Rechte ist wesentlich, daß die Pfändung körperlicher Sachen nur durch die Besitznahme des Gerichtsvollziehers oder Ersichtlichmachung der Pfändung bewirkt wird, C.P.O. §§ 808, 809. **Ein Zusammentreffen des Pfändungspfandrechts mit gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Pfandrechten** ist also regelmäßig nicht möglich. Denn wenn solche Gläubiger im Besitze sind, kann eine Pfändung gegen ihren Willen nicht erfolgen und, wenn dennoch erfolgt, als widerrechtlich beseitigt werden, C.P.O. §§ 766, 771; geben aber solche Gläubiger die Sachen heraus oder lassen sie die Pfändung geschehen, so verlieren sie mit dem Besitze ihr Pfandrecht. Möglich ist ein Zusammentreffen mit einem vertragsmäßigen Pfandrechte, wenn der Pfandbesitzer wider seinen Willen seinen Besitz verloren hat, mit einem gesetzlichen Pfandrechte bei dem Pfandrechte des Vermiethers und Verpächters, das einen Gewahrsam des Gläubigers nicht bedingt; der Verpächter und Vermiether, der nicht im Besitze ist, kann die Pfändung gegen den Miether oder Pächter für andere Gläubiger nicht hindern.

Die Pfändung einer Forderung wird durch Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner bewirkt, C.P.O. § 829. Das Pfandrecht kann mit den Pfandrechten aus § 49 Nr. 2 und den Zurückbehaltungsrechten zu Nr. 3, 4 nicht kollidiren, weil diese nur körperliche Sachen, nicht Forderungen betreffen, d. h. zu Nr. 4 Sachen und die gleich zu behandelnden Werthpapiere, C.P.O. § 821. Möglich ist eine Kollision mit den gesetzlichen Pfandrechten gemäß § 49 Nr. 2 und den vertragsmäßigen Pfandbestellungen, § 48. Auch hier hat nach dem in Anm. 3 ausgesprochenen Grundsatze die Entstehungszeit des Pfandrechts zu entscheiden. **RG. 25**, 288. — Da ein einmal entstandenes Pfändungspfandrecht nach der herrschenden Ansicht dadurch nicht verloren wird, daß wider Willen und ohne Wissen des Gläubigers diesem der Besitz der gepfändeten Sachen (oder eines Hypothekendokuments) entzogen wird, so hat dies auf die Wirksamkeit gegenüber einem Besitzfolger keinen Einfluß. **RG. 25**, 289 ff.

8) **Die gesetzlichen Pfandrechte** sind auch außerhalb des Konkurses durch B.G.B. § 1257 insofern dem Vertragspfandrecht gleichgestellt, als auf sie die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht entsprechende Anwendung finden. Eine Ausnahme bilden die Bestimmungen, nach denen gewisse gesetzliche Pfandrechte bestehen bleiben, obwohl die thatsächliche Herrschaft des Pfandgläubigers, wie sie bei der Begründung bestanden, verloren gegangen ist. Sonst sind für die Entstehung des gesetzlichen Pfandrechts wie bei Vertragspfandrecht Besitzübertragung auf den Pfandgläubiger oder als Ersatz dafür die Einbringung in den Herrschaftsbereich des Verpächters, Vermiethers, Gastwirths, Schiffseigners verlangt. Die Besitzübertragung oder Einbringung muß vor K.Eröffnung erfolgt sein, weil ein Pfandrecht, wenn auch vom Willen des G.Schuldners unabhängig, doch gemäß § 15 nach K.Eröffnung an einer zur Masse gehörigen Sache nicht entstehen kann. Ueber die Anwendung der Vorschriften, die den Schutz des guten Glaubens betreffen, vgl. Anm. 4. Die übrigen gesetzlichen Pfandrechte werden in Folgendem aufgeführt:

I. **Die gesetzlichen Pfandrechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs.**

9) **Das Pfandrecht des Berechtigten an dem zur Sicherheitsleistung hinterlegten** Gelde oder Werthpapieren gemäß § 233 B.G.B. Dies Pfandrecht kommt namentlich überall da in Betracht, wo zufolge besonderer Bestimmung das gesetzliche Pfandrecht an der Sache durch Sicherheitsleistung beseitigt werden kann, ein Recht, das ebensowohl im Konkurse wie außerhalb gegeben ist, also auch vom Verwalter ausgeübt werden kann. Es ist gegeben gegenüber den Pfandrechten des Vermiethers oder Verpächters, B.G.B. §§ 562, 581 Abs. 2; des Pächters, B.G.B. § 590; des Gastwirths, B.G.B. §§ 704 Satz 2, 562; ferner aber auch gegenüber den in § 49 anerkannten kaufmännischen Zurückbehaltungsrechten H.G.B. § 369 Abs. 4 — Dieselbe Bestimmung trifft auch die prozessuale Sicherheit

Digitized by Google

(C.P.O. § 108), wie sie in Folge der Bestimmungen der C.P.O. §§ 707, 713, 719, 769 ff., 805 Abs. 4, 815, 819, 827, 839 von dem Schuldner, dem Gerichtsvollzieher oder einem Intervenienten durch Hinterlegung geleistet wird. Sofern diese Sicherheit auf Grund eines Uebereinkommens der Betheiligten geleistet wird, muß man aber annehmen, daß das entstehende Pfandrecht ein vertragsmäßiges ist. Auch schon für das gemeine Recht nahm RG. 12, 222 ein vertragsmäßiges Faustpfandrecht als durch die Sicherheitsleistung gehörig begründet an.

10) Sicherheitsleistung und Hinterlegung.

a) Die neben der Sicherheitsstellung in der C.P.O. § 713 dem Schuldner rücksichtlich einer Zwangsvollstreckung nachgelassene Hinterlegung des geschuldeten Gegenstandes führt zu dessen Auslieferung an den obsiegenden einen oder anderen Theil. Ihre juristische Konstruktion (ob bedingte Zahlung? Deposition eines Streitobjekts? Sicherheitsbestellung?) ist zweifelhaft. Die Folgen hinsichtlich des Zinsenlaufs, der Zulässigkeit und Natur der Rechte Dritter, und der Gefahr des hinterlegten Betrages sind je nach der civilrechtlichen Konstruktion verschieden. Es ist Folgendes zu erwägen. In jedem Falle giebt die Hinterlegung nach Zweck und Grund der Bestimmung dem Gläubiger das Recht, im Falle des Obsiegens bis nach seiner Befriedigung sowohl den Schuldner, als auch Andere, die als dessen Gläubiger darauf Anspruch machen wollen, von dem hinterlegten Gegenstande auszuschließen, sie gewährt dem Gläubiger im Konkurse entweder das Absonderungsrecht eines Pfandgläubigers oder ein Aussonderungsrecht. Vgl. Prot. z. C.P.O. 716—719 a. F., Prot. z. K.O. 43—45, 150 a. F. Nach preuß. Rechte hatte eine solche Hinterlegung denselben Charakter, wie diejenige Deposition, die im Falle einer Nichtigkeitsbeschwerde oder eines Rekurses nach § 10 Verordn. v. 14. Dezember 1833 und §§ 12, 2 Ges. v. 20. März 1854 dem Verurtheilten gestattet war: „die streitige Sache oder Summe in gerichtlichen Gewahrsam zu geben" und sich „dadurch vor der wirklichen Vollstreckung des Urtheils zu schützen". In der That ist die Hinterlegung nach § 713 C.P.O. nicht eine Hinterlegung im Sinne und mit den Wirkungen der §§ 372 ff. B.G.B. als eines vom Schuldner gewollten Mittels, um sich von einer zugestandenen Schuld zu befreien, sondern der Schuldner hat sich seines Eigenthums und Besitzes zu Gunsten des Gläubigers, für den die Hinterlegungsbehörde den Gegenstand in Gewahrsam hat, lediglich mit dem Vorbehalte seines Rechts für den Fall seines Obsiegens entschlagen müssen. Es ist eine, nur durch diesen Vorbehalt bedingte Erfüllung; der Gläubiger erlangt das Eigenthum, ohne daß es einer besonderen Uebergabe der Hinterlegungsbehörde an ihn bedarf und dies Eigenthum bleibt ihm, sobald in Folge seines Obsiegens der Resolutiv-Vorbehalt fortfällt. Für das frühere Recht Strieth. 15, 209; 38, 288; 83, 185; Präj. Nr. 1225; A.L.R. I. 16 §§ 160 ff. Der Gläubiger erlangt dadurch ein Recht auf Aussonderung im Konkurse im Sinne des § 43, unbeschadet der etwa bestehenden Rechte Dritter, Strieth. 74, 28. Ebenso nach gem. R. Gaupp Anm. V. 2 zu § 709 C.P.O. a. F. Abw. Jäger Anm. 8, Wolff S. 52 ff., die die Hinterlegung als Sicherheitsleistung, Pfandrecht gewährend ansehen. Dieser abweichenden Annahme steht indeß entgegen, daß C.P.O. § 713 Abs. 2 mit den Worten „Sicherheitsleistung oder Hinterlegung" beide Rechtsbehelfe nebeneinander aufführt. Ferner kann der Gläubiger nicht auf die hinterlegte Sicherheit verwiesen werden, wenn er eine unbedingte Zwangsvollstreckung vorzunehmen befugt wird, (da er sie nicht im Besitz hat, C.P.O. § 777). Wird dagegen das Geschuldete zur Abwendung der Zwangsvollstreckung hinterlegt, so kann der Gläubiger nur die Auslieferung des Geschuldeten verlangen, was sofort deutlich wird, wenn etwas Anderes als eine Geldsumme geschuldet wird und hinterlegt ist. Die Vorschrift der C.P.O. § 815 Abs. 3, wonach die Wegnahme gepfändeten Geldes nicht als Zahlung von Seiten des Schuldners gilt, wenn die Hinterlegung zu erfolgen hat, hat nur die Bedeutung, daß in diesem Falle eine unbedingte Zahlung nicht anzunehmen ist. Wollte man in der Hinterlegung nicht eine Zahlung, sondern ihrem wirthschaftlichen Zwecke entsprechend nur eine Sicherheitsleistung finden, so würde dieser die Wirkung eines Pfandrechts abgehen, das allein die Grundlage der abgesonderten Befriedigung bilden kann. Ein auf Uebereinkommen beruhendes Pfandrecht kann da nicht angenommen werden, wo die Hinterlegung

Digitized by Google

ohne oder gegen den Willen des Gläubigers erfolgt, die gesetzlichen Pfandrechte dagegen sind im B.G.B. aufgeführt und ein Pfandrecht an dem hinterlegten Streitgegenstand befindet sich unter ihnen nicht. Die Berufung auf das neben der K.O. und C.P.O. bestehende bürgerliche Recht nützt also nichts mehr. — Ist die Hinterlegung hiernach eine bedingte Erfüllung, so können Zinsen für die Zeit nach der Hinterlegung nicht mehr nachgefordert werden, so wenig wie der Gläubiger eine Verzinsung der von ihm durch Hinterlegung von Geld geleisteten Sicherheit fordern kann.

b) In den Fällen der C.P.O. §§ 720, 815 Abs. 2, in denen der Gerichtsvollzieher verflichtet erklärt ist, den Erlös oder das gepfändete Geld zu hinterlegen, verhält es sich ebenso. Der Erlös oder das gepfändete Geld wird, da der Gerichtsvollzieher als Bevollmächtigter des Gläubigers handelt und den Erlös oder das Geld für diesen sonst in Empfang nimmt, C.P.O. §§ 753, 814, 819, als eine von ihm für den Gläubiger hinterlegte Masse anzusehen sein, die in gleicher Weise, wie bei der Hinterlegung des Schuldners, bedingtes Eigenthum des Gläubigers wird, und nur mit der aus dem Interesse des Schuldners für den Fall der Beseitigung der Zwangsvollstreckung resultirenden Bedingung der Rückzahlung belastet ist. Die Hinterlegung zur Abwendung des Arrestes nach § 923 C.P.O., ist entsprecheud dem Zwecke der Beseitigung des Arrestes, der eine Geldforderung oder eine in Geld zu lösende Interesseforderung nur sichern soll, § 716, nicht als Zahlung mit Vorbehalt der Rückforderung aufzufassen, sondern nur als Sicherheitsleistung. Die in den früheren Auflagen unter Hinweis auf Herzog in Busch 6, 371 ff., 380 ff. vertretene Ansicht, daß auch hier eine bedingte Zahlung vorliege, kann nicht aufrecht erhalten werden. Auch das RG. 10. März 1883, Wallm. D. Jur.Z. 8, 541 nimmt ein Pfandrecht des Gläubigers an dem hinterlegten Betrage an, der an Stelle des früheren Pfandrechts an den abgepfändeten Sachen trete. Vgl. betreffs des Verhältnisses des Pfändungsgläubigers zu Anderen überhaupt Wilmowski-Levy Anm. 3 zu § 709 und Anm. zu § 712 C.P.O. (a. F.).

c) Der von einem Drittschuldner gemäß C.P.O. § 853 hinterlegte Betrag setzt eine schon vorangegangene Pfändung voraus und ist bis zur Zahlung an die Gläubiger Eigenthum des exequirten Schuldners, B.G.B. §§ 378, 379, woran die Gläubiger ein wahres Pfändungspfandrecht im Sinne des § 49 Nr. 2 haben. Ist aber zu der Pfändung auch eine Ueberweisung hinzugetreten, so erfolgt die Hinterlegung für die Gläubiger. Es zeigt sich das am klarsten im Falle der Ueberweisung an Zahlungsstatt. Die Ungewißheit, wer von mehreren Gläubigern das Hinterlegte endgültig bekommt, steht der Annahme nicht entgegen. — Dasselbe (Hinterlegung für den Gläubiger) gilt für die Fälle der C.P.O. §§ 827 Abs. 3, 854, 855, 872 ff. und in gleicher Weise für die im Fall der C.P.O. § 75 erfolgte Hinterlegung.

11) Das Pfandrecht des Vermiethers. Für dies bestehen, wie für das Pfandrecht des Verpächters (vgl. Anm. 15) außer den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes (§ 559 bis 563 B.G.B.) noch die konkursrechtlichen Sonderbestimmungen der Nr. 2 dieses Paragraphen.

Ueber die gesetzlichen Erwägungen, die für die Einführung des Pfandrechts im Bürgerlichen Gesetzbuche maßgebend gewesen sind, vgl. Jaeger Anm. 12.

Im Gegensatze zu der früheren Fassung der K.O., die mit Rücksicht auf die verschiedenartige Gestaltung des bürgerlichen Rechtes das Absonderungsrecht des Vermiethers erst statuirte, hat der jetzige § 49 nur auf die gesetzlichen Pfandrechte zu verweisen brauchen, denen das Absonderungsrecht kraft ihrer Gleichstellung mit den Vertragspfandrechten zusteht. Mit den oben genannten konkursrechtlichen Besonderheiten hat das Absonderungsrecht folgenden Umfang: Es steht gemäß § 559 B.G.B. zu dem Vermiether eines Grundstücks — und diesem durch § 580 gleichgestellt von Wohnräumen und anderen Räumen — für in gewisser Weise beschränkte Forderungen aus dem Miethsverhältnisse an den eingebrachten Sachen des Miethers.

12) Vermiether ist, wer im eigenen Namen den Miethsvertrag geschlossen hat. Er braucht nicht Eigenthümer zu sein, also auch der Untervermiether hat das Absonderungsrecht; Ob.Trib. 8, 292. Andererseits hat der Hauptvermiether, der nicht an den Untermiether vermiethet hat, an dessen eingebrachten Sachen kein Absonderungsrecht, Strieth.

Digitized by Google

52, 1. — Dasselbe Recht wie der Vermiether hat dessen Rechtsnachfolger, gleichgültig, ob er Universal- oder Singularsuccessor ist. Auch mit der abgetretenen Miethzinsforderung geht das Pfandrecht über (B.G.B. §§ 1250, 1257), RG. 15. Oktober 1884, Seuff. Arch. 40, 15, Wallm. 10 193; für den Erwerber des vermietheten Grundstücks bestimmt es ausdrücklich B.G.B. § 571, nach dem dieser an die Stelle des Vermiethers in die sich während der Dauer seines Eigenthums aus dem Miethsverhältniß ergebenden Rechte und Verpflichtungen tritt. Hieraus folgt, daß für alle Forderungen aus der Zeit des Eigenthums des Vermiethers diesem das Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Miethers auch nach der Uebertragung des Eigenthums am Grundstücke noch zusteht; vgl. für früheres Recht RG. 17, 284; 5. März 1892, Raff.K. 36 1039.

13) **Die Forderungen des Vermiethers** sind:

a) Die Miethzinsforderung. Sie ist durch § 49 Nr. 2 dahin beschränkt, daß Rückstände für eine Zeit von mehr als einem Jahre nicht mit dem Absonderungsrechte begabt, und durch § 559 B.G.B. dahin, daß vom künftigen Miethzins für mehr als das laufende und das folgende Miethsjahr überhaupt kein gesetzliches Pfandrecht, also deshalb kein Absonderungsrecht gegeben ist. So auch schon früher, vgl. RG. 14, 3, 34 100. Die Miethzinsforderung für die Zeit vom Tage der K.Eröffnung an ist zugleich Masseforderung, § 59 Nr. 2. Setzt der Verwalter den Miethvertrag fort und beläßt die eingebrachten Sachen in den gemietheten Räumen, so kann auch für die künftige Zeit und wenn der Miethzins dauernd unbezahlt bleibt, auch über ein Jahr nach der K.Eröffnung hinaus ein Pfandrecht an den eingebrachten Sachen entstehen; § 15 steht nicht entgegen, weil das Recht vom Verwalter begründet wird. Soweit die Bezahlung einer Masseschuld gefordert wird, handelt es sich allerdings nicht um abgesonderte Befriedigung eines K.Gläubigers.

b) Außer der Miethzinsforderung hat der Vermiether Forderungen wegen Verschlechterung, auf Entschädigung für mangelhafte, verzögerte oder verweigerte Rückgewähr, Erstattung von Verwendungen auf die eingebrachten Sachen; auch eine Vertragsstrafe, die im Miethsvertrag ausbedungen, gehört, indem sie entweder Erfüllung oder Entschädigung darstellt, dazu.

Für ein Recht des Vermiethers auf Leistung einer Kaution findet § 49 überhaupt keine Anwendung, weil dies, wenngleich vertragsmäßig bedungen, nicht ein Recht aus dem Miethsverhältnisse, sondern ein zur Sicherung etwaiger Ansprüche aus dem Verhältnisse bewilligtes Recht ist; RG. 25. Mai 1888 JW. 289. Entscheidend für die Frage, ob ein Recht aus dem Miethsverhältnisse vorliegt, ist nicht die Zusammenfassung verschiedener Leistungen in einem Vertrage, sondern ob die in oder neben einem Miethsvertrage ausbedungenen Leistungen mit dem Wesen des Miethsvertrags oder mit der Bemessung des Zinses in einem gewissen Zusammenhange stehen; RG. 38, 66 ff., besonders S. 71. Die Entscheidung wird also immer von thatsächlichen Erwägungen abhängen. Andere Beispiele der Judikatur s. u. RG. 33, 47; 37, 88; 7. Jan. 1882; Raff.K. 26, 996.

c) Die Entschädigungsansprüche des Vermiethers sind absonderungsberechtigt nur mit einer doppelten Beschränkung. Sie müssen nach B.G.B. § 559 Satz 2 schon entstanden sein, wenn das Pfandrecht — und damit das Absonderungsrecht — geltend gemacht wird, dürfen also nicht erst in Zukunft zu erwarten sein und haben, soweit sie in Folge der Kündigung des Verwalters entstanden sind, selbst wenn diese vor Geltendmachung des Absonderungsrechts erfolgt ist, nach Nr 2 dieses Paragraphen kein Absonderungsrecht. Ueber das Kündigungsrecht des Verwalters vgl § 19.

14) **An den eingebrachten Sachen des Miethers** besteht Pfand- und Absonderungsrecht des Vermiethers.

a) **Sachen,** das heißt alle körperlichen Gegenstände, B.G.B. § 90, todte oder lebende, mögen sie zu dauerndem Verbleib aui dem vermietheten Grundstücke bestimmt sein, oder ihrer Natur nach und dem Miethzwecke entsprechend, nur zeitweise ihren Standort dort haben, wie zu verkaufende Waaren u. s. w. (vgl. R.O.H.G. 6, 282 ff.; Strieth. 95, 186). Nicht eingebracht sind Forderungen und darin eingeschlossen die eine Forderung verkörpernden Werthpapiere, weil sie nach dem Sprachgebrauche des B.G.B. keine „Sachen",

Digitized by Google

keine körperlichen Gegenstände sind. Die Inhaberpapiere sind ausdrücklich bezüglich des Pfandrechts den Sachen gleichgestellt, § 1293. Nach § 559 sind von dem gesetzlichen Pfandrechte des Vermiethers die unpfändbaren Sachen ausgeschlossen, da aber gleichzeitig die unpfändbaren Sachen und die Sachen, die nicht gepfändet werden sollen, nach § 1 mit Ausnahme der in § 1 Abs. 2 genannten, gar nicht zum Konkurse gehören, so kommt für das Absonderungsrecht nur diese Ausnahme in Betracht. Es gehören danach zur K.Masse, ohne dem Absonderungsrecht zu unterliegen, die zum Betriebe einer Apotheke unentbehrlichen Geräthe, Gefäße und Waaren (C.P.O. § 811 Nr. 9) und das Betriebsinventar der Posthaltereien (Ges. v. 28. Oktober 1871 über das Postwesen § 20).

b) Nur Sachen des Miethers unterliegen dem Pfandrechte des Vermiethers, also namentlich nicht die Sachen der Ehefrau, der Kinder oder der Untermiether. In einem Konkurse dieser Personen giebt es daher für den Vermiether, dessen Miether sie selbst nicht sind, kein Absonderungsrecht. Beim Konkurse des Miethers fallen die Streitigkeiten über die eingebrachten Sachen solcher Personen ganz außerhalb des Konkursverfahrens.

c) Nur die eingebrachten Sachen unterliegen dem Absonderungsrechte. Die Einbringung muß vor der K.Eröffnung erfolgt sein (§ 15) — fofern nicht der K.Verwalter während der Fortsetzung oder während eines von ihm erst geschlossenen Miethsvertrages einbringt — und muß im Allgemeinen bis dahin fortbestanden haben. Sind die Sachen vor K.Eröffnung von dem Grundstücke des Vermiethers entfernt, so ist zu unterscheiden:

Sind sie mit dem Wissen und ohne Widerspruch des Vermiethers entfernt, so erlischt mit der Wegschaffung das gesetzliche Pfandrecht und damit das Absonderungsrecht, B.G.B. § 560 Satz 1.

Sind sie ohne das Wissen oder gegen den Widerspruch des Vermiethers entfernt, so kann der Vermiether binnen einem Monat, nachdem er Kenntniß erlangt hat, die Zurückschaffung auf das Grundstück, oder, wenn der Miether ausgezogen ist, die Uebertragung des Besitzes fordern, B.G.B. § 561 Abs. 2. Sein Pfandrecht erlischt erst nach Ablauf des Monats, besteht also solange, obwohl die Sachen nicht mehr eingebrachte sind. Solange das Pfandrecht besteht, besteht aber auch das Absonderungsrecht, doch muß der Anspruch auf Zurückschaffung auch dem K.Verwalter gegenüber gerichtlich geltend gemacht werden, wenn vor Ablauf des Monats und der Geltendmachung der Konkurs eröffnet ist, weil sonst nach B.G.B. § 561 das Pfandrecht verloren gehen würde. Dadurch, daß der K.-Verwalter die Sachen wegschafft, wird dagegen das Absonderungsrecht nicht berührt, weil er zur Verwerthung einer jeden zur Masse gehörigen Sache mit Vorbehalt des Pfandrechts berechtigt ist, § 127. Auch wenn die eingebrachten Sachen von einem Dritten gepfändet sind, kann der Vermiether die Wegschaffung nicht verwehren, er kann sich gemäß C.P.O. § 805 nur vorweg aus dem Erlöse befriedigen; B.G.B. § 561 kommt nicht zur Anwendung. Für früheres Recht vgl. **RG.** 8, 99.

Sind die Sachen ohne das Wissen oder unter Widerspruch des Vermiethers entfernt, so gehen Pfand- und Absonderungsrecht auch ohne Ablauf des einen Monats dann unter, wenn der Vermiether nach § 560 Satz 2 der Entfernung nicht widersprechen konnte und wenn die Sachen an einen gutgläubigen Dritten veräußert waren oder werden. Er darf der Entfernung nicht widersprechen, wenn sie im regelmäßigen Betriebe des Geschäfts des Miethers oder den gewöhnlichen Lebensverhältnissen entsprechend erfolgt oder wenn die zurückbleibenden Sachen zur Sicherung des Vermiethers offenbar ausreichen. Der Veräußerung an einen gutgläubigen Dritten steht die Verpfändung an ihn insofern gleich, als in diesem Falle das Pfandrecht des Vermiethers hinter das des Dritten treten muß, B.G.B. §§ 932, 936, 1208.

d) An Stelle der Sachen tritt nach deren Verwerthung durch den K.Verwalter der Erlös. **RG.** 14, 118, vgl. auch 42, 85 ff.

15) Das Pfandrecht des Verpächters. Für das Pfandrecht gilt zunächst gemäß B.G.B. § 581 das über das Pfandrecht des Vermiethers Gesagte. Ueber die Erstreckung des Pfandrechts auf die Nebenforderungen vgl. besonders die schon oben zitirte Entscheidung **RG.** 38, 66 ff. Doch gelten folgende Besonderheiten:

Digitized by Google

a) Das Pfandrecht kann nach B.G.B. § 585 von dem häufiger zur Stundung des Zinses veranlaßten Verpächter für den gesammten Pachtzins geltend gemacht werden, also den rückständigen, laufenden und zukünftigen, solange das Pachtverhältniß dauert. Nur ist die Kündigung durch den Verwalter nicht ausgeschlossen und die Entschädigungsforderung, die in Folge der Kündigung entsteht, auch nicht mit Absonderungsrecht begabt. Sonst deckt sich das Absonderungsrecht völlig mit dem gesetzlichen Pfandrechte, die Abweichung von dem Pfandrechte des Vermiethers ist im letzten Satze der Nr. 2 ausdrücklich ausgesprochen.

b) Der Verpächter hat unter den der Pfändung nicht unterliegenden Sachen bei Personen, die die Landwirthschaft betreiben, doch ein gesetzliches Pfandrecht an dem gesammten Inventar, auch an den in C.P.O. § 811 Nr. 4 aufgeführten Gegenständen. Sein Absonderungsrecht ergreift ferner auch noch die Früchte des Grundstücks, auch wenn sie bereits geerntet und in das Eigenthum des Pächters gefallen sind. B.G.B. § 585 Satz 2.

16) **Das Pfandrecht des Pächters** nach B.G.B. § 590 giebt ihm im Konkurse des Verpächters für die Forderungen, die sich auf das mitverpachtete Inventar beziehen, ein Absonderungsrecht an den in seinen Besitz gelangten Inventarstücken des Verpächters. Das Pfandrecht ist Besitzpfandrecht und geht mit dem freiwilligen Verluste des Besitzes unter, B.G.B. § 1053. Ob die Inventarstücke Eigenthum des Verpächters oder des Pächters sind, dieser deshalb absonderungsberechtigt ist — was zweifelhaft sein kann — ist in jedem Falle zu prüfen. Uebernahme des Inventars zum Schätzungswerthe bedeutet nicht Eigenthum des Pächters. Vgl. B.G.B. §§ 587—589.

17) **Unternehmer** eines Werkes haben gemäß B.G.B. § 647 und K.O. § 49 ein Pfand- und Absonderungsrecht für ihre Forderungen aus dem Vertrage an den von ihnen hergestellten oder ausgebesserten beweglichen Sachen des Bestellers, wenn sie bei der Herstellung oder zum Zwecke der Ausbesserung in seinen Besitz gelangt sind. Freiwillige Aufgabe des Besitzes endet auch hier das Pfandrecht. B.G.B. § 1213.

18) **Der Gastwirth,** der gewerbsmäßig Fremde aufnimmt, hat an den eingebrachten Sachen des Gastes ein Pfand und im Konkurse ein Absonderungsrecht für seine Forderungen für Wohnung und andere dem Gaste zur Befriedigung seiner Bedürfnisse gewährten Leistungen mit Einschluß der Auslagen, B.G.B. § 704. Für welche Forderungen das Absonderungsrecht besteht, war früher streitig; vgl. die frühere Auflage dieses Buches zu 5 des § 41 (a. F.). Jetzt hat der § 704 B.G.B. die Streitfrage durch die obige genaue Aufzählung gelöst. So besteht jetzt das Absonderungsrecht keinesfalls für Vorschüsse, die außerhalb der üblichen Gasthausauslagen gemacht worden, und für Beschädigungen, die das Eigenthum des Wirthes durch den Gast erleidet. — Was „eingebrachte Sachen" sind, sagt B.G.B. § 701 Abs. 2. Die Voraussetzungen für das Bestehen des Pfandrechts sind im Uebrigen gemäß § 705 Satz 2 dieselben wie bei dem Pfandrechte der Vermiether und Verpächter.

19) B. **Die gesetzlichen Pfandrechte des Handelsrechts** mit Einschluß des See- und Binnenschiffahrtsrechts sind: das des Kommissionärs am Kommissionsgute — einschließlich des Rechtes, sich auch, wenn er Eigenthümer des Kommissionsgutes ist, nach Maßgabe der für das Pfandrecht geltenden Vorschriften daraus zu befriedigen — gemäß H.G.B. §§ 397, 398; das der Spediteure, Lagerhalter und Frachtführer am Speditions-, Lager- und Frachtgute gemäß H.G.B. §§ 410, 411, 421, 440—443 und Binnenschiff.Ges. vom 15. Juni 1895/20. Mai 1898 § 26, das Pfandrecht der Verfrachter im Seehandel gegenüber dem Empfänger, dem Befrachter und dem Reisenden H.G.B. §§ 623, 627, 274; die Pfandrechte der Vergütigungsberechtigten bei großer Haverei H.G.B. §§ 725, 731 Abs. 3, 777; der Gläubiger wegen Bergungs- und Hülfskosten H.G.B. § 751 (vgl. Strandungsordn. §§ 20, 21, R.G.Bl. 1874 S. 73); die gesetzlichen Pfandrechte der Schiffsgläubiger an der Fracht H.G.B. §§ 756, 758, 771 ff., Binnenschiff.Ges. §§ 104, 112 ff.; endlich des Schiffseigners am Gepäck Binnenschiff.Ges. § 37 Abs. 2.

20) **Zu Nr. 3.** Vorausgesetzt ist für das Recht aus Nr. 3 eine **„Forderung aus der Verwendung"** und zwar zum Nutzen einer zur K.Masse gehörigen Sache. Ob und wie weit eine solche „Forderung" begründet ist, ist daher nach dem bürgerlichen Rechte zu

Digitized by Google

entscheiden, vgl. B.G.B. §§ 102, 304, 450 Abs. 2, 500, 501, 547 Abs. 2, 601 Abs. 2, 652 Abs. 2, 880, 994 ff., 1049, 1057, 2022, 2125, 2185. Dagegen ist es für die Einräumung des Rechtes aus Nr. 3 nicht für nöthig erklärt, daß der Forderung auch schon durch das bürgerliche Recht ein Pfand- oder Retentionsrecht außerhalb des Konkurses bewilligt ist. Vielmehr giebt § 49 Allen, die eine civilrechtlich gültige Forderung aus der nützlichen Verwendung haben, für den Konkurs das Absonderungsrecht im Umfange der Vorschrift zu Nr. 3. Das Zurückbehaltungsrecht des B.G.B. ist nur insoweit erheblich, als mit ihm wie nach § 1003 ein besonderes Befriedigungsrecht vorhanden sein kann, vgl. § 127; a.M. Jaeger, Anm. 41. Eine weitere Voraussetzung für dies Recht ist, daß aus der Verwendung noch und zwar zur Zeit der K.Eröffnung ein Vortheil vorhanden sein muß, weil nur dann und zwar bis zur Höhe eines solchen Vortheils das Recht eingeräumt ist. Für die Beurtheilung, ob ein Vortheil und in welcher Höhe er vorhanden ist, bleibt zu berücksichtigen, in welchem Zustande der G.Schuldner gegenüber dem Berechtigten die Sache, abgesehen von der Verwendung und von dem Grunde der Verwendung, zu fordern berechtigt ist, sowie daß der Vortheil für den G.Schuldner oder die Masse vorhanden sein muß. Im Uebrigen ist dies Thatfrage. Die Existenz und Höhe des Vortheils bilden nach Nr. 3 einen Theil des Klagegrundes und sind daher von dem Berechtigten nachzuweisen. Auch für diese Beschränkung des Absonderungsrechts ist das Zurückbehaltungsrecht des bürgerlichen Rechtes außerhalb des Konkurses bedeutungslos, das nach B.G.B. §§ 273, 1000 weitergehende Zurückbehaltungsrecht gewährt kein Absonderungsrecht im Konkurse und wirkt auch nicht weiter als ein Zurückbehaltungsrecht; so Seuffert, § 18 III, 2, β. Zurückbehaltungsrechte sind im Konkurse nur soweit anerkannt, als sie im § 49 den Vertragspfandrechten gleichgestellt sind. Auch hier ist dies Recht auf bewegliche Sachen im Gegensatze zu § 47 beschränkt. Endlich muß die mit Verwendungen belastete Sache sich bei K.Eröffnung noch im Besitze des Gläubigers befinden.

21) **Das Zurückbehaltungsrecht des H.G.B.** §§ 369—371 für Forderungen eines Kaufmanns aus den zwischen zwei Kaufleuten geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften an allen beweglichen Sachen und Werthpapieren (nicht bloßen Beweisurkunden und Legitimationspapieren, **RG.** 29, 301) des G.Schuldner-Kaufmanns, die mit dessen Willen auf Grund von Handelsgeschäften in seinen Besitz gekommen sind, ist aufrecht erhalten; aber auch nur im Umfange des H.G.B. ohne Ausdehnung auf andere als Kaufleute oder auf andere als beiderseitige Handelsgeschäfte, sowie nach **RG.** 8, 80 nur als Zurückbehaltungsrecht, ohne daß durch § 49 eine Erweiterung des Rechtes zu einem Pfandrecht erfolgt ist; indeß mit dem Verkaufs- und Befriedigungsrechte gemäß H.G.B. § 371. Auch dies Zurückbehaltungsrecht steht und fällt mit dem Besitze der Sache. Mot. 214, 215. Vgl. R.O.H. 2, 77, 383; 5, 304; 7, 213; 9, 241; 10, 70, 162; 12, 27; 14, 101; 15, 99, 262; 17. 292, 351; 18, 274; 19, 57, 369. Für Begründung des Zurückbehaltungsrechts ist nöthig, daß die Sachen mit dem Willen des Schuldners in den Besitz des Retinenten gekommen sind. Die Besitzüberlassung ist jedoch, wenngleich ohne die Fiktion, daß sie einer Pfandstellung gleichstehe, eine Rechtshandlung oder ein Rechtsgeschäft des G.Schuldners. Sie ist also in dieser Eigenschaft unter den Voraussetzungen der §§ 29 ff. anfechtbar. Auch nach K.Eröffnung ist die Entstehung eines Zurückbehaltungsrechts möglich, wenn die Gegenstände, an denen es geltend gemacht wird, mit dem Willen des Verwalters in den Besitz des Retinenten gelangt sind. Vgl. **RG.** 21. Nov. 1901 Das Recht 1902 S. 24.

§ 50. (42.)

Wer nach der Eröffnung des Konkursverfahrens oder mit Kenntniß des Eröffnungsantrags oder der Zahlungseinstellung eine Konkursforderung dem im Auslande wohnenden Inhaber eines zur Konkursmasse gehörigen Gegenstandes oder in der Absicht, daß dieser die Forderung erwerbe, einer Mittelsperson abtritt, ist verpflichtet, zur Konkursmasse den Betrag zu ersetzen, welcher derselben dadurch entgeht, daß der Inhaber für die Forderung nach dem

Digitized by Google

Rechte des Auslandes entgegen den Bestimmungen dieses Gesetzes ein Absonderungsrecht an dem Gegenstande ausübt. Die Vorschrift des § 33 findet entsprechende Anwendung.

1. Grund der Vorschrift.
2. Begriff des Auslandes.
3. Berechnung des der K.Masse zu erstattenden Betrags.
4. Uebergangsbestimmung.

1) **Grund der Vorschrift.** Die im Auslande befindlichen Gegenstände können zufolge anderer im Auslande geltender Rechtsgrundsätze über Absonderungsrechte der K.Masse ganz oder theilweise entzogen werden. Der K.Gläubiger, der durch (unmittelbare oder mittelbare) Abtretung seiner K.Forderung an den ausländischen Inhaber eines solchen Gegeustandes der K.Masse einen Betrag entzieht, soll dafür verantwortlich gemacht werden und der K.Masse den entzogenen Betrag ersetzen. Grund und Charakter der Vorschrift sind dieselben, wie für § 30. Deshalb werden auch in Satz 2 ebenso wie bei der Anfechtung die mehr als 6 Monate vor K.Eröffnung liegenden Abtretungen geschützt. Nach der K.Eröffnung darf der Gläubiger gemäß § 15 kein Absonderungsrecht statt seiner tributarischen Befriedigung erwerben und soll er die par conditio creditorum auch nicht mit Hülfe der Benutzung abweichender ausländischer Rechte wissentlich verletzen. Dies gilt auch, wenn er seine Forderungen in der Absicht, daß sie ein Ausländer erwerben soll, an eine Mittelsperson abtritt. Die Ansprüche aus § 50 auf Ersetzung zur K.Masse sind Bestandtheile der K.Masse und können also gemäß § 6 nur vom Verwalter geltend gemacht werden. — „Sind bei solchen Zwischenoperationen Mehrere ersatzpflichtig, so haften sie solidarisch." Mot. 220, 221, B.G.B. §§ 421 ff. Dies folgt für die Mittelsperson, wenn bei ihr die Voraussetzungen des § 50 zutreffen, aus der für jeden Zedenten gegebenen Vorschrift des § 50. Ist die Forderung unter Mehreren getheilt, so trifft die Wirkung natürlich nur jeden Theilnehmer in Betreff der ihn betreffenden Forderung und deren Höhe. Eine Rechtsvermuthung für Kenntniß des Eröffnungsantrages oder der Zahlungseinstellung ist nicht aufgestellt. Mot. 239 zu § 49 a. F.

2) Ueber den **Begriff des Auslandes** und das Verhältniß zum Auslande vgl. Anm. 1 zu § 5 und Einl. § 4. Die deutschen Schutzgebiete sind zwar nur Zubehörungen, nicht Theile des Deutschen Reichs, also diesem gegenüber Ausland. Da sie jedoch derselben Gesetzgebung unterliegen, so hat § 50 hierfür keine besondere Bedeutnng. Vgl. Busch 14, 207. — Operationen, wie sie § 50 bezeichnet, sind zwischen den im Inlande (Deutschen Reiche) Wohnenden (gegen Sarwey-Bossert Anm. 2) nicht unbedingt unmöglich, wenn der Gegenstand sich im Auslande befindet, und die Befriedigung daraus nach anderen Rechtsvorschriften, als denen der K.O. (§ 5) erfolgt. Außerdem konnte mit Rücksicht auf die Verschiedenheit des anwendbaren bürgerlichen Rechts (z. B. für E.G. §§ 15, 16, die jetzt durch Art. 2 Nr. 4 E.G. zur K.O.N. aufgehoben sind) früher eine verschiedenartige Beurtheilung der Erfordernisse eines Absonderungsrechts nöthig sein und Abtretungen von K.Forderungen vortheilhaft erscheinen lassen.

3) Bei der **Berechnung des Betrages** ist zu berücksichtigen, daß und in welcher Höhe der Ersatzverpflichtete selbst zur tributarischen Theilnahme berechtigt ist. Die Mot. von 1873 I. S. 310 bemerkten deshalb auch zu E. I § 55 (K.O. § 49): „Der Umfang des Regreßanspruchs bestimmt sich jedesmal nach der Höhe, zu welcher die (aufgerechnete) Gemeinforderung bei ihrer Anmeldung zur Gemeinmasse aus dieser nicht berichtigt worden sein würde." Vgl. Küntzel, Raff.K. 21, 394. Indeß die K.Dividende steht vollständig erst bei der Beendigung des Konkurses fest, und bis dahin ist der Anspruch aus § 50 nicht aufzuschieben. Sachgemäß ist bei Geltendmachung des Ersatzanspruchs der tributarische Antheil des Zedenten immer nur insoweit zu berücksichtigen, als er zur Zeit der Geltendmachung für begründet anzunehmen ist; Sache des K.Verwalters ist es, für den von ihm geltend zu machenden Anspruch nachzuweisen, wie weit der K.Masse ein Betrag entgeht, wobei § 91 C.P.O. zu berücksichtigen ist; vgl. Wolff S. 240. Da eine absolut richtige Feststellung vor der (bevorstehenden) K.Beendigung unmöglich ist, so ist in einem früher ergehenden Urtheile dem Schuldner die Rückforderung eines sich später herausstellenden zu

Digitized by Google

großen Abzugs auf Grund der Bereicherung der Masse, § 59 Nr. 3 vorzubehalten. Oetker 50, 244. Der Verwalter kann auch ohne Vorbehalt einen zweiten Theil des der K.Masse zustehenden Anspruchs geltend machen.

4) Vgl. die **Uebergangsbestimmung** im E.G. § 10.

Anmerkung.

Der frühere § 43:

Hat der Gemeinschuldner vor der Eröffnung des Konkursverfahrens eine Erbschaft erworben, so können die Nachlaßgläubiger und Vermächtnißnehmer abgesonderte Befriedigung aus den bei der Eröffnung vorhandenen Nachlaßgegenständen verlangen, soweit ihnen ein Absonderungsanspruch nach den Bestimmungen der Landesgesetze zusteht.

ist durch die K.O.N. Ziff. 22 aufgehoben. Das Rechtsverhältniß ist jetzt, soweit nicht die Vorschriften der K.O. aus dem Nachlaßkonkurs Platz greifen, durch B.G.B. § 1981 Abs. 2 geordnet, nach dem die Nachlaßgläubiger die Nachlaßverwaltung beantragen können. Stellt sich bei der Nachlaßverwaltung die Unzulänglichkeit des Nachlasses heraus, so kann jeder Gläubiger den Nachlaßkonkurs beantragen (K.O. § 217 Abs. 1). — Hierbei gehören zu den Nachlaßgläubigern auch die Vermächtnißnehmer. B.G.B. § 1967 Abs. 2, K.O. § 226 Abs. 2 N. 5.

§ 51. (44.)

Wer sich mit dem Gemeinschuldner in einem Miteigenthume, in einer Gesellschaft oder in einer anderen Gemeinschaft befindet, kann wegen der auf ein solches Verhältniß sich gründenden Forderungen abgesonderte Befriedigung aus dem bei der Theilung oder sonstigen Auseinandersetzung ermittelten Antheile des Gemeinschuldners verlangen.

E. I. 50. P. 36. 291.

1. Bestehen der Gemeinschaft zur Zeit der K.Eröffnung.
2. Feststellung des Antheils des G.Schuldners.
3. Rechtsgrund der absonderungsberechtigten Forderung.
4. Gemeinschaftsgläubiger und K.Gläubiger.
5. Einzelne Gemeinschaftsverhältnisse.
6. Zeitliche Begrenzung des Absonderungsrechts.

1) Der § 51 umfaßt wie § 16 jede vermögensrechtliche Gemeinschaft des G.Schuldners. Anm. 2 zu § 16. **Vorausgesetzt ist, daß die Gemeinschaft zur Zeit der K.Eröffnung noch besteht** („befindet") und die Auseinandersetzung während des K.Verfahrens gemäß § 16 erfolgt. Indeß genügt es, daß noch einzelne Vermögensstücke gemeinschaftlich sind, also eine Gemeinschaft, wenngleich nicht mehr im früheren Umfange, besteht. Sofern dies der Fall, ist es unerheblich, ob die Gemeinschaft (wie z. B. eine Handelsgesellschaft in Liquid. nach H.G.B. § 131) schon vorher aufgelöst ist, wenn dadurch nicht die Gemeinschaft eo ipso beseitigt wird. Die Frage, ob zur Zeit der K.Eröffnung eine Gemeinschaft und welcher Art stattfindet, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden; und zwar nach den Rechtsnormen, die für das Verhältniß der behaupteten Gemeinschaftsgenossen unter einander maßgebend sind. Ob außer dem G.Schuldner noch ein Anderer den Gläubigern haftet, ist für die Frage nicht entscheidend, da § 51 eine Gemeinschaft von Vermögensrechten, nicht von Pflichten, voraussetzt. Vollends unerheblich ist, daß nur einzelne Gläubiger Vermögensstücke eines Anderen, wie wenn sie gemeinschaftliche seien, in Anspruch nehmen dürfen. Diese müssen ihre Ansprüche gegen den Dritten außerhalb des K.Verfahrens geltend machen; ihre besonderen Rechte gehen auf den K.Verwalter, der im Interesse aller Gläubiger zu verwalten hat, nicht als allgemeine Rechte über.

2) Die abgesonderte Befriedigung erfolgt aus **dem bei der Auseinandersetzung ermittelten Antheile** des G.Schuldners. Es ist schon in Anm. 4 zu § 16 ausgeführt, daß die außerhalb des K.Verfahrens erfolgende Auseinandersetzung auch die Berechnung und Ausgleichung der Forderungen mit umfaßt, die die Gemeinschafter unter einander wegen

Digitized by Google

ihrer Forderungen aus der Gemeinschaft haben. Der „Antheil" des G.Schuldners besteht also im letzten Grunde aus den Vermögenstheilen der früheren Gemeinschaft, die nach Befriedigung der Gemeinschaftsgläubiger und nach Ausgleich der gegenseitigen Forderungen der Gemeinschafter auf den G.Schuldner entfallen, RG. 8, 102; 26, 113; 42, 105; 27. Juni 1899, J.W. S. 539, Mot. 223—225, Prot. 45, 46, so daß dann für die Anwendung des § 51 gar kein Raum mehr bleibt. Nur da, wo sich die Auseinandersetzung auf die Befriedigung der Gemeinschaftsgläubiger und die Ermittelung des jedem Gemeinschafter an dem Gemeinschaftsvermögen zustehenden Antheils beschränkt hat, und wo dieser Antheil in die Hände des K.Verwalters gelangt ist, kann an ihm eine abgesonderte Befriedigung von einem anderen Gemeinschafter geltend gemacht werden. Die Vorschrift des § 51 wird also bei einer ordnungsmäßigen Auseinandersetzung garnicht in Anwendung kommen. Ergiebt sich als Antheil des G.Schuldners ein Minus, so können die Forderungen der Gemeinschafter nur als K.Forderungen angemeldet werden.

3) Das Absonderungsrecht besteht für Forderungen, die sich auf die Gemeinschaft gründen, die ihren **Rechtsgrund** in dem Gemeinschaftsverhältnisse haben.

Das Recht steht ihnen nicht bloß für dingliche, sondern für alle Forderungen aus dem Gemeinschaftsverhältnisse zu (vgl. Obtr. 52, 431; Strieth. 52, 335); insbesondere für Verwendungen B.G.B. § 713, Schadensersatzansprüche, Auszahlung von Gewinnantheilen, B.G.B. § 722, Forderungen des Genossen, weil er Dritten haften muß und deshalb seinen Regreß an seine Genossen nehmen kann, gleichviel, ob er den Dritten solidarisch oder antheilsmäßig, gleichzeitig oder subsidiarisch haftet; vgl. B.G.B. § 426. Nicht nothwendig ist, daß die Forderung des Dritten, für die der Theilnehmer zu haften hat, eine Gesellschaftsschuld, d. h. eine der gesammten Gemeinschaft gegenüber verbindliche ist, oder daß die eigene Forderung gegen alle Theilnehmer gerichtet ist. Das Absonderungsrecht trifft nicht zu für Forderungen aus dem Geschäftsverkehr des Einzelnen mit der Gemeinschaft, z. B. Darlehne der Gemeinschaft an den Genossen, RG. 26, 113. — Wer aus einer schon vor der K.Eröffnung beendigten Auseinandersetzung noch etwas von dem G.Schuldner zu fordern hat, ist K.Gläubiger und hat ein Absonderungsrecht nur, soweit es ihm durch Pfandrecht eingeräumt ist.

Das Absonderungsrecht des Gemeinschaftsgenossen aus § 51 ist nicht von Amtswegen zu berücksichtigen; sondern nur auf Antrag der Berechtigten. Vgl. Anm. 2 zu § 4.

4) **Die Gemeinschaftsgläubiger** werden in der Regel bei der außerhalb des K.Verfahrens erfolgenden Auseinandersetzung befriedigt werden. Daß das geschieht, liegt im Interesse besonders des nicht in Konkurs gerathenen Gemeinschafters, weil der Gläubiger, dem die Gemeinschafter in solidum haften, sich zunächst an ihn und nicht an den in Konkurs Gerathenen halten wird. Die Gläubiger selbst haben einen Anspruch auf Vorwegbefriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen im Konkurse nicht, RG. 42, 102. Ebensowenig steht ihnen ein Absonderungsrecht im Konkurs eines Gemeinschafters zu; über ihr Recht auf abgesonderte Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien vgl. Anm. zu §§ 209, 212. Will ein K.Gläubiger an der Auseinandersetzung und der Absonderung theilnehmen, so kann er das nur, indem er den Antheil eines anderen Gemeinschafters pfänden und sich überweisen läßt. Vgl. Anm. 4 zu § 16. — Die Interessen der K.Gläubiger werden bei der Auseinandersetzung durch den Verwalter als Vertreter des G.Schuldners vertreten.

5) Die **einzelnen Gemeinschaftsverhältnisse**, die in Betracht kommen können, sind die Gesellschaft des B.G.B. §§ 705 ff., die Gemeinschaft §§ 741 ff. und die Handelsgesellschaften. Die ehelichen Gütergemeinschaften sind durch § 2 außer Betracht gesetzt. Bei der Gesellschaft kann nach B.G.B. § 736, H.G.B. §§ 138, 141 Abs. 2 trotz des Konkurses eines Gesellschafters die Gesellschaft fortgesetzt werden. Es erfolgt dann nach § 738 eine Auseinandersetzung mit dem ausscheidenden Gesellschafter, bei der unter Berücksichtigung der Gesellschaftsschulden und der gegenseitigen Forderungen der Gesellschafter der Antheil des in Konkurs gerathenen Gesellschafters ermittelt wird, als wenn die Auseinandersetzung der ganzen Gesellschaft erfolgte. Vgl. Staub, Exkurs zu § 141 f. Komm. des H.G.B.

Digitized by Google

Ist die Gemeinschaft auf das Miteigenthum an einem Grundstück beschränkt, so ist die Vorschrift des § 1010 Abs. 2 B.G.B. zu beachten, daß, wenn der G.Schuldner Sondernachfolger eines Miteigenthümers ist, die anderen Miteigenthümer nur dann das Recht haben, die Befriedigung von Verbindlichkeiten, für die sie als Gesammtschuldner haften, oder Forderungen, die sie gegen den G.Schuldner als Miteigenthümer haben, aus dem Grundstück zu verlangen, wenn dies Recht im Grundbuch eingetragen ist.

Für die übrigen Gemeinschaften ist zu erwähnen: Im § 51 ist vorausgesetzt, daß ein Theilungsantheil des G.Schuldners am Gemeinschaftsvermögen besteht und ein Genosse den Anspruch erhebt. Im Konkurse des Aktionärs einer Aktiengesellschaft kommen § 51 und überhaupt Ansprüche eines Aktionärs an den Anderen nicht in Frage; die Ansprüche der Gesellschaft an die Aktionäre sind nicht Forderungen von Theilhabern, da zwischen der Gesellschaft und den Aktionären keine Gemeinschaft besteht; vgl. **RG.** 2, 262; R.O.H. 25, 292. — Auch die Gewerkschaft des preuß. Berggef. vom 24. Juni 1865 begründet kein Gemeinschaftsverhältniß hinsichtlich der Kuxe der Gewerke und es besteht somit kein Absonderungsrecht an den Kuxen wegen rückständiger Zubuße, **RG.** 3. 286 ff. — Ebenso kommt § 51 zu Gunsten der Ansprüche einer eingetragenen Genossenschaft im Konkurse eines Mitglieds nicht zur Anwendung, da auch zwischen der Genossenschaft und ihren Mitgliedern kein Gemeinschaftsverhältniß besteht, vgl. **RG.** 26, 115, sondern nur zwischen den Mitgliedern selbst, für deren Verhältniß zueinander allerdings § 51 anwendbar ist, vgl. Ges. vom 1. Mai 1889 §§ 64, 71, 88 ff.; **RG.** 27, 55. Dasselbe gilt betreffs der Gesellschaften mit beschränkter Haftung nach dem Ges. vom 20. April 1892. — Auch der stille Gesellschafter hat hinsichtlich seines Anspruchs auf seine Einlage nicht das Absonderungsrecht des § 51. Er mag nach Auseinandersetzung mit dem K.Verwalter (§ 16) oder auf Grund selbständiger Berechnung liquidiren, jedenfalls ist er hinsichtlich der Einlage, soweit sie seinen Antheil am Verluste übersteigt, nur K.Gläubiger, sofern ihm nicht ein Vertragspfandrecht eingeräumt ist. Die Bestimmung des H.G.B. § 341 Abs. 1 ist nebst der eventuellen Verpflichtung zur Einzahlung, § 341 Abs. 2, durch § 3 Abs. 1 des E.G. aufrecht erhalten. Mot. 225; **RG.** 7. Juli und 24. Septbr. 1884; Raff.K. 29, 1000; Wallmann, D.Jur.Ztg. 10, 25 u. 13; J.W. 1884 S. 270, 271, 272 (Nr. 26). — Wer ein Aussonderungsrecht hätte, falls der Gegenstand noch in der K.Masse befindlich wäre, wie z. B. die Ehefrau wegen Herausgabe ihres Sondergutes, kann, abgesehen vom § 45, nur Erstattung des Werthes als K.Gläubiger ohne Absonderungsrecht beanspruchen. **RG.** 10. Juli 1893, J.W. 428.

6) Das Absonderungsrecht kann **bis zur Vertheilung der Masse** geltend gemacht werden, §§ 153, 161 ff., und wird durch eine Veräußerung der zur Gemeinschaft gehörigen Gegenstände oder durch Einziehung des Erlöses einer Veräußerung zur Masse an sich noch nicht ausgeschlossen, Petersen-Kleinfeller Anm. 5. A.M. Sarwey und Völderndorff zu § 51.

§ 52. (45.)

Die Befriedigung der Lehen-, Stammguts- oder Familienfideikommiß-Gläubiger erfolgt abgesondert aus dem Lehen, Stammgute oder Familienfideikommisse nach den Vorschriften der Landesgesetze.

E. I. 51. P. 36.

1) Sowohl Substanz- als Revenüengläubiger, auch Ansprüche des G.Schuldners (Kompetenz), soweit überhaupt Substanz oder Revenüen nach § 1 und C.P.O. § 757 zur K.Masse gehören, sind vom § 52 betroffen. Durch E.G. § 5 Nr. 1 sind überhaupt alle landesgesetzlichen Vorschriften, welche Lehne, Stammgüter oder Familienfideikommisse betreffen, aufrecht erhalten, ebenso im E.G. z. B.G.B. Artt. 59, 60; vgl. dazu E.G. z. Zw.-Verst.Ges. § 2 und E.G. z. C.P.O. § 15 Nr. 4. Vgl. ferner Endemann S. 388 ff.

Digitized by Google

Sechster Titel.
Aufrechnung.

1. Standpunkt der K.O. im Allgemeinen.
2. a. Erweiterungen,
   b. Beschränkungen der Aufrechnungsbefugniß nach K.O. gegenüber dem allgemeinen bürgerlichen Rechte.
3. Anwendbarkeit der Vorschriften der K.O. — derjenigen des bürgerlichen Rechtes — der C.P.O. —
4. Geltendmachung des Aufrechnungsrechts.
5. Rückwirkung der Aufrechnung.
6. Aufrechnungsvorschriften der K.O. nur für und während des K. maßgebend.
7. Wirkungen des Zwangsvergleichs.
8. Beschränkungen der §§ 55, 56 als zwingendes Recht.
9. Verschiedenheit des für die gegenseitigen Forderungen maßgebenden örtlichen Rechts.
10. Uebergangsrecht.

Literatur: v. Schrutka-Rechtenstamm, Die Kompensation im Konkurse nach österr. Rechte und mit Berücksichtigung konkursrechtlicher Normen des Deutschen Reichs (1881); Siber, Kompensation und Aufrechnung (1899).

1) Die **Konkursordnung** behandelt die Aufrechnung von folgendem **Standpunkt** aus: Für den K.Gläubiger, der zugleich Schuldner des Kridars ist, ist die Kompensation eine Deckung, wie die Retention und das Pfandrecht. Sie alle drei sind Sicherungsmittel für den Kreditgeber; ihnen gemeinsam ist der Gedanke: es würde unbillig sein, zu verlangen, daß ein Gläubiger seine Deckung zur K.Masse herausgeben und seine Forderung als K.Gläubiger geltend machen solle. Dem Recht des Gläubigers, sich aus einer Sache des G.Schuldners, die er in seinem Besitz hat, abgesondert zu befriedigen, entspricht die Befugniß des Gläubigers, das Geld, das er dem G.Schuldner anderweit schuldet, nicht zum Nutzen Aller zur K.Masse zu zahlen, sondern seine Schuld zur Tilgung seiner Forderung abgesondert von den übrigen Gläubigern zu verwenden. Die Konkurskompensation steht demgemäß unter dem Grundsatz, „daß der Gläubiger einen Anspruch auf Deckung hat, wenn z. Zt. der K.Eröffnung die Forderung des Gläubigers an den G.Schuldner seiner (Geld-)Schuld an den G.Schuldner gegenüber stand (Mot. 227, 231), ohne daß es darauf ankommt, ob der Gläubiger zu dieser Zeit bereits nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts aufrechnen konnte.

2) Der eben entwickelte Grundsatz der K.O. enthält gegenüber dem allgemeinen bürgerlichen Rechte gleichzeitig Erweiterungen und Beschränkungen der Aufrechnungsbefugniß.

a) In **Erweiterung** des Rechtes des Gläubigers ist für den maßgebenden Zeitpunkt der K.Eröffnung das Erforderniß der Fälligkeit i. d. Sinne, daß der Gläubiger die ihm gebührende Leistung fordern und die ihm obliegende Leistung bewirken kann (§ 387 B.G.B.), beseitigt; es ist weiter das Erforderniß der Gleichartigkeit der Forderungen (§ 387 a. a. O.) in der Weise durchbrochen, daß die Forderung des Gläubigers nicht auf Geld gerichtet zu sein braucht (§ 54). Die Erweiterungen sind Sonderbestimmungen, die dem, zunächst für die K.O. maßgebenden, legislatorischen Grundsatz der Sicherung des Gläubigers durch das, was er in Händen hat (s. oben zu 1), entsprechen. Vgl. Schrutka-Rechtenstamm S. 98, 99, Mandry-Geib S. 447. Sie können nicht — jedenfalls nicht für das neue Recht (vgl. Mot. II z. B.G.B. S. 106 zu b) — auf einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des bürgerlichen Rechtes zurückgeführet werden, wonach das Recht zur Aufrechnung schon mit dem Gegenübertreten der Forderung begründet und nur die Ausübung von der Fälligkeit (oder Gleichartigkeit) der Forderungen bedingt sein soll (a.M. Mot. 230, 231).

b) Die **Beschränkungen**, die in den §§ 55, 56 angeordnet sind, laufen darauf hinaus, daß im Allgemeinen der Zeitpunkt der K.Eröffnung für die Zulassung der Aufrechnung maßgebend sein soll, wobei dann die Kenntniß von Zahlungseinstellung oder K.-Antrag weitere Berücksichtigung finden. Sie beruhen auf den Kardinalgrundsätzen, welche zu den §§ 1, 3, 15 entwickelt sind. Jede Aktivforderung des G.Schuldners, die zur Zeit der K.Eröffnung einen Bestandtheil der Aktivmasse bildete, dient mit dieser zur gemein-

Digitized by Google

Ist die Gemeinschaft auf das Miteigenthum an einem Grundstück beschränkt, so ist die Vorschrift des § 1010 Abs. 2 B.G.B. zu beachten, daß, wenn der G.Schuldner Sondernachfolger eines Miteigenthümers ist, die anderen Miteigenthümer nur dann das Recht haben, die Befriedigung von Verbindlichkeiten, für die sie als Gesammtschuldner haften, oder Forderungen, die sie gegen den G.Schuldner als Miteigenthümer haben, aus dem Grundstück zu verlangen, wenn dies Recht im Grundbuch eingetragen ist.

Für die übrigen Gemeinschaften ist zu erwähnen: Im § 51 ist vorausgesetzt, daß ein Theilungsantheil des G.Schuldners am Gemeinschaftsvermögen besteht und ein Genosse den Anspruch erhebt. Im Konkurse des Aktionärs einer Aktiengesellschaft kommen § 51 und überhaupt Ansprüche eines Aktionärs an den Anderen nicht in Frage; die Ansprüche der Gesellschaft an die Aktionäre sind nicht Forderungen von Theilhabern, da zwischen der Gesellschaft und den Aktionären keine Gemeinschaft besteht; vgl. **RG. 2, 262**; R.O.H. 25, 292. — Auch die Gewerkschaft des preuß. Berggef. vom 24. Juni 1865 begründet kein Gemeinschaftsverhältniß hinsichtlich der Kuxe der Gewerke und es besteht somit kein Absonderungsrecht an den Kuxen wegen rückständiger Zubuße, **RG. 3.** 286 ff. — Ebenso kommt § 51 zu Gunsten der Ansprüche einer eingetragenen Genossenschaft im Konkurse eines Mitglieds nicht zur Anwendung, da auch zwischen der Genossenschaft und ihren Mitgliedern kein Gemeinschaftsverhältniß besteht, vgl. **RG. 26**, 115, sondern nur zwischen den Mitgliedern selbst, für deren Verhältniß zueinander allerdings § 51 anwendbar ist, vgl. Ges. vom 1. Mai 1889 §§ 64, 71, 88 ff.; **RG. 27**, 55. Dasselbe gilt betreffs der Gesellschaften mit beschränkter Haftung nach dem Ges. vom 20. April 1892. — Auch der stille Gesellschafter hat hinsichtlich seines Anspruchs auf seine Einlage nicht das Absonderungsrecht des § 51. Er mag nach Auseinandersetzung mit dem K.Verwalter (§ 16) oder auf Grund selbständiger Berechnung liquidiren, jedenfalls ist er hinsichtlich der Einlage, soweit sie seinen Antheil am Verluste übersteigt, nur K.Gläubiger, sofern ihm nicht ein Vertragspfandrecht eingeräumt ist. Die Bestimmung des H.G.B. § 341 Abs. 1 ist nebst der eventuellen Verpflichtung zur Einzahlung, § 341 Abs. 2, durch § 3 Abs. 1 des E.G. aufrecht erhalten. Mot. 225; **RG.** 7. Juli und 24. Septbr. 1884; Raff.K. **29**, 1000; Wallmann, D.Jur.Ztg. **10**, 25 u. 13; J.W. 1884 S. 270, 271, 272 (Nr. 26). — Wer ein Aussonderungsrecht hätte, falls der Gegenstand noch in der K.Masse befindlich wäre, wie z. B. die Ehefrau wegen Herausgabe ihres Sondergutes, kann, abgesehen vom § 45, nur Erstattung des Werthes als K.Gläubiger ohne Absonderungsrecht beanspruchen. **RG.** 10. Juli 1893, J.W. 428.

6) Das Absonderungsrecht kann **bis zur Vertheilung der Masse** geltend gemacht werden, §§ 153, 161 ff., und wird durch eine Veräußerung der zur Gemeinschaft gehörigen Gegenstände oder durch Einziehung des Erlöses einer Veräußerung zur Masse an sich noch nicht ausgeschlossen, Petersen-Kleinfeller Anm. 5. A.M. Sarwey und Böldendorff zu § 51.

§ 52. (45.)

Die Befriedigung der Lehen-, Stammguts- oder Familienfideikommiß-Gläubiger erfolgt abgesondert aus dem Lehen, Stammgute oder Familienfideikommisse nach den Vorschriften der Landesgesetze.

E. I. 51. P. 36.

1) Sowohl Substanz- als Revenüengläubiger, auch Ansprüche des G.Schuldners (Kompetenz), soweit überhaupt Substanz oder Revenüen nach § 1 und C.P.O. § 757 zur K.Masse gehören, sind vom § 52 betroffen. Durch E.G. § 5 Nr. 1 sind überhaupt alle landesgesetzlichen Vorschriften, welche Lehne, Stammgüter oder Familienfideikommisse betreffen, aufrecht erhalten, ebenso im E.G. z. B.G.B. Artt. 59, 60; vgl. dazu E.G. z. Zw.-Verst.Ges. § 2 und E.G. z. C.P.O. § 15 Nr. 4. Vgl. ferner Endemann S. 388 ff.

Digitized by Google

Sechster Titel.

Aufrechnung.

1. Standpunkt der K.O. im Allgemeinen.
2. a. Erweiterungen,
   b. Beschränkungen der Aufrechnungsbefugniß nach K.O. gegenüber dem allgemeinen bürgerlichen Rechte.
3. Anwendbarkeit der Vorschriften der K.O. — derjenigen des bürgerlichen Rechtes — der C.P.O. —
4. Geltendmachung des Aufrechnungsrechts.
5. Rückwirkung der Aufrechnung.
6. Aufrechnungsvorschriften der K.O. nur für und während des K. maßgebend.
7. Wirkungen des Zwangsvergleichs.
8. Beschränkungen der §§ 55, 56 als zwingendes Recht.
9. Verschiedenheit des für die gegenseitigen Forderungen maßgebenden örtlichen Rechts.
10. Uebergangsrecht.

Literatur: v. Schrutka-Rechtenstamm, Die Kompensation im Konkurse nach österr. Rechte und mit Berücksichtigung konkursrechtlicher Normen des Deutschen Reichs (1881); Siber, Kompensation und Aufrechnung (1899).

1) Die **Konkursordnung** behandelt die Aufrechnung von folgendem **Standpunkt** aus:

Für den K.Gläubiger, der zugleich Schuldner des Kridars ist, ist die Kompensation eine Deckung, wie die Retention und das Pfandrecht. Sie alle drei sind Sicherungsmittel für den Kreditgeber; ihnen gemeinsam ist der Gedanke: es würde unbillig sein, zu verlangen, daß ein Gläubiger seine Deckung zur K.Masse herausgeben und seine Forderung als K.Gläubiger geltend machen solle. Dem Recht des Gläubigers, sich aus einer Sache des G.Schuldners, die er in seinem Besitz hat, abgesondert zu befriedigen, entspricht die Befugniß des Gläubigers, das Geld, das er dem G.Schuldner anderweit schuldet, nicht zum Nutzen Aller zur K.Masse zu zahlen, sondern seine Schuld zur Tilgung seiner Forderung abgesondert von den übrigen Gläubigern zu verwenden. Die Konkurskompensation steht demgemäß unter dem Grundsatz, „daß der Gläubiger einen Anspruch auf Deckung hat, wenn z. Zt. der K.Eröffnung die Forderung des Gläubigers an den G.Schuldner seiner (Geld-)Schuld an den G.Schuldner gegenüber stand (Mot. 227, 231), ohne daß es darauf ankommt, ob der Gläubiger zu dieser Zeit bereits nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts aufrechnen konnte.

2) Der eben entwickelte Grundsatz der K.O. enthält gegenüber dem allgemeinen bürgerlichen Rechte gleichzeitig Erweiterungen und Beschränkungen der Aufrechnungsbefugniß.

a) In **Erweiterung** des Rechtes des Gläubigers ist für den maßgebenden Zeitpunkt der K.Eröffnung das Erforderniß der Fälligkeit i. d. Sinne, daß der Gläubiger die ihm gebührende Leistung fordern und die ihm obliegende Leistung bewirken kann (§ 387 B.G.B.), beseitigt; es ist weiter das Erforderniß der Gleichartigkeit der Forderungen (§ 387 a. a. O.) in der Weise durchbrochen, daß die Forderung des Gläubigers nicht auf Geld gerichtet zu sein braucht (s 54). Die Erweiterungen sind Sonderbestimmungen, die dem, zunächst für die K.O. maßgebenden, legislatorischen Grundsatz der Sicherung des Gläubigers durch das, was er in Händen hat (s. oben zu 1), entsprechen. Vgl. Schrutka-Rechtenstamm S. 98, 99, Mandry-Geib S. 447. Sie können nicht — jedenfalls nicht für das neue Recht (vgl. Mot. II z. B.G.B. S. 106 zu b) — auf einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des bürgerlichen Rechtes zurückgeführet werden, wonach das Recht zur Aufrechnung schon mit dem Gegenübertreten der Forderung begründet und nur die Ausübung von der Fälligkeit (oder Gleichartigkeit) der Forderungen bedingt sein soll (a.M. Mot. 230, 231).

b) Die **Beschränkungen**, die in den §§ 55, 56 angeordnet sind, laufen darauf hinaus, daß im Allgemeinen der Zeitpunkt der K.Eröffnung für die Zulassung der Aufrechnung maßgebend sein soll, wobei dann die Kenntniß von Zahlungseinstellung oder K.-Antrag weitere Berücksichtigung finden. Sie beruhen auf den Kardinalgrundsätzen, welche zu den §§ 1, 3, 15 entwickelt sind. Jede Aktivforderung des G.Schuldners, die zur Zeit der K.Eröffnung einen Bestandtheil der Aktivmasse bildete, dient mit dieser zur gemein-

Digitized by Google

schaftlichen Befriedigung aller Gläubiger. Jede zur Zeit der K.Eröffnung bestehende Passivforderung wird K.Forderung. Nach der K.Eröffnung kann ein K.Gläubiger nicht mehr ein Absonderungsrecht, also auch nicht mehr ein Recht zur Aufrechnung erwerben (vgl. oben 1). Er darf deshalb nicht seine K.Forderung durch Aufrechnung gegen das, was er nachher zur Masse schuldig geworden ist, zur vollen Befriedigung bringen, auch nicht das, was er früher dem G.Schuldner, also jetzt zur Masse, schuldet, zu Gunsten einer nach der K.Eröffnung erworbenen K.Forderung aufrechnen. Auch schon die Aufrechnung mit einer K.Forderung, die nach der Kenntniß der Zahlungseinstellung oder des Eröffnungsantrags erworben ist, widerspricht nach den dem § 30 zu Grunde gelegten Erwägungen der Gleichberechtigung aller Gläubiger und wird deshalb nicht zugelassen. Mot. 225—228, 234—238. Vgl. Kohler § 29.

3) **Soweit in der K.O. Abweichungen nicht vorgeschrieben sind, bleiben die Vorschriften des bürgerlichen Rechts maßgebend.** Der sechste Titel bestimmt nur darüber, welchen Aenderungen die nach dem bürgerlichen Recht an sich und außerhalb des K.Verfahrens geltenden Vorschriften über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Aufrechnung unterliegen.

Die Vorschriften der K.O. betreffen lediglich die Befugniß des Gläubigers des G. Schuldners, die Aufrechnung auszuüben. Hinsichtlich der vom Verwalter Namens des G.Schuldners verlangten Aufrechnung ist keine Abweichung von den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts. Ebenso bestimmt sich nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechtes die Aufrechnung mit einer konkursfreien Forderung des G. Schuldners oder gegen eine solche (vgl. Anm. 2 zu § 12; die Einschränkung des § 14 fällt hier weg, da die Aufrechnung kein Akt der Zwangsvollstreckung ist); ferner die Aufrechnung mit einer Masseforderung oder gegen eine solche (§ 57). Wegen Naturalforderungen und Forderungen aus § 63 Z. 3 und 4 siehe Anm. 4 zu § 53; wegen Dividendenforderung Anm. 4 zu § 55. — Die prozessualen Vorschriften über die von einem Gläubiger des Schuldners gegen den K.Verwalter erhobene Einwendung der Aufrechnung, insbesondere das Trennungsrecht des Gerichts nach C.P.O. §§ 145, 302, sind durch die K.O. nicht geändert, R.G. 14, 28. Juni 1884, Rass.K. 29, 1067, J.W. 267.

4) **Geltendmachung des Aufrechnungsrechts.** Eine Erklärung der Aufrechnung vor der K.Eröffnung ist zur Erwirkung nicht nöthig, R.O.H. 18, 240 (vgl. zu 1, 2). Auch der Anmeldung der aufzurechnenden Forderung zum Konkurse bedarf es nicht.

Wer aufrechnen kann, braucht nicht als K.Gläubiger aufzutreten und unterliegt bei der Geltendmachung seiner Forderung nicht den für die K.Gläubiger gegebenen Beschränkungen, sofern er aufrechnen will (§ 53). Ueber die Aufrechnung ist auf die von dem K.Verwalter etwa erhobene Klage außerhalb des K.Verfahrens zu entscheiden.

Die Aufrechnung erfolgt durch Erklärung (B.G.B. § 388 S. 1). Sie ist eine formlose einseitige und empfangsbedürftige Willenserklärung, die den Vorschriften der §§ 130 ff. a. a. O. unterliegt. Die Erklärung ist unwirksam, wenn sie unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung abgegeben wird (§ 388 S. 2 a. a. O.). Eine Aufrechnung, die nur für den Fall erklärt wird, daß die Forderung, gegen die aufgerechnet werden soll, besteht, ist keine bedingte, da hierbei nur eine gesetzliche Voraussetzung der Aufrechnung, nämlich Bestehen einer Gegenforderung betont wird. Damit die Erklärung eine zur K.Masse gehörige Forderung treffen kann, ist sie von dem Verwalter oder ihm gegenüber als dem Vertreter des G.Schuldners in Ansehung des K.Vermögens abzugeben. Auch der Prozeßbevollmächtigte ist nach der herrschenden Meinung zur Abgabe und zum Empfange der Aufrechnungserklärung befugt.

5) Die **Aufrechnung** tilgt die Gegenforderung, soweit die Forderung, mit der aufgerechnet wird, sie deckt, und **wirkt**, sofern zulässig, nach der Bestimmung des § 389 B.G.B. auf den Zeitpunkt **zurück**, in dem die Forderungen sich aufrechenbar gegenüber getreten sind. In den Fällen des § 54 tritt die Möglichkeit der Aufrechnung erst mit der K.Eröffnung ein. — Auch wenn die Aufrechnung erst nach Aufhebung des Konkurses erklärt wird, wirkt sie zu Gunsten des Aufrechnenden zurück, sofern sie begründet ist (vgl. jedoch unten Anm. 6).

Digitized by Google

Aus der Rückwirkung kann jedoch nicht (wie in den bisherigen Auflagen) gefolgert werden, daß die vor der Aufrechnungserklärung erfolgte Zahlung auf Grund dieser Erklärung mit der cond. indebiti (B.G.B. § 812) zurückgefordert werden könnte. Bis zur Ausübung des Aufrechnungsrechts sind die gegenüberstehenden Forderungen juristisch von einander unabhängig und unbeeinflußt und demgemäß auch — soweit nicht besondere Vorschriften entgegenstehen — selbständigen Schicksalen unterworfen, die die Voraussetzungen der Aufrechenbarkeit vernichten oder verändern können (Mot. z. B.G.B. II S. 107, 109). Durch Zahlung einer der Forderungen wird aber gerade eine Hauptvoraussetzung der Aufrechnung, das Bestehen gegenseitiger Forderuugen beseitigt, so daß eine wirksame Aufrechnungserklärung überhaupt ausgeschlossen ist („Schulden" zwei Personen u. s. w. — B.G.B. § 387); übereinst. Jäger Anm. 4 zu § 53, vgl. auch Mot. z. B.G.B. II S. 109; A.M. Petersen-Kleinfeller Vorbem. 4, Schrutka-Rechtenstamm S. 10—12.

6) **Die von der K.O. zu Gunsten und zu Ungunsten des aufrechnenden Gläubigers getroffenen Bestimmungen** sind aus der Natur des Konkurses entnommen; sie **gelten nur für den Konkurs und während** des Konkurses und nur für das Verhältniß zum Verwalter und zum G.Schuldner hinsichtlich der K.Masse. Eine durch Erklärung des Verwalters erfolgte Aufrechnung bindet den G.Schuldner, in dessen Namen er gesetzlich zu handeln berechtigt ist. Dagegen in Betreff des außerkonkursmäßigen persönlichen Anspruchs an den G.Schuldner (vgl. §§ 12, 14) und insbesondere nach Aufhebung des Konkurses kann sich weder ein Gläubiger des G.Schuldners auf die im § 54 zugelassenen Berücksichtigungen betagter, bedingter oder nicht auf Geld gerichteter Forderungen berufen (vgl. Strieth. **41**, 153; **43**, 147), noch auch der G.Schuldner auf die Beschränkungen der Gläubiger gemäß §§ 55, 56, Mot. 228. Doch wirkt die Feststellung einer betagten oder nicht auf Geld gerichteten Forderung auf einen bestimmten Geldbetrag, zu dem sie gegen den G.Schuldner vollstreckbar sein würde (§ 164 Abs. 2), auch in Ansehung der Aufrechnung über den Konkurs hinaus. Hat indeß der Gläubiger schon während des Konkurses die Aufrechnung erklärt, und dadurch sein ihm für den Konkurs gewährtes Aufrechnungsrecht ausgeübt, dann kommen ihm die Begünstigungen des § 54 auch nach der K.Aufhebung zu Statten; denn in Folge seiner Aufrechnungserklärung sind die beiderseitigen Forderungen rückwirkend erloschen (Anm. 5). Zu beachten ist nur, daß der Gläubiger seine aufschiebend bedingte Forderung erst dann zur Aufrechnung bringen kann, wenn die Bedingung eingetreten ist. Selbst ein etwa bei der K.Aufhebung noch nicht beendigter Prozeß darüber kann nur die Führung des Beweises aufschieben und nöthig machen. Die durch die Ausübung des Rechts bereits erfolgte Rechtswirkung, daß die zur K.Masse gehörige Forderung des G.Schuldners durch Aufrechnung getilgt ist, kann nicht dadurch ungeschehen gemacht werden, daß der G Schuldner die Verfügung über sein Vermögen, soweit es nicht schon realisirt ist, zurückerhält. Forderungen, die erst nach der K.Eröffnung entstanden sind, sind nicht K.Forderungen (§ 3), werden vom Konkurse nicht betroffen und können also auch nach dem Konkurse voll zur Aufrechnung gebracht werden.

7) Durch einen **Zwangsvergleich** wird eine K.Forderung, die durch eine vorher erklärte Aufrechnung aufgehoben worden ist, nicht mehr betroffen. Ist eine nach den §§ 54, 55 zulässige Aufrechnung vorher nicht erklärt, so wird die K.Forderung durch den Zwangsvergleich betroffen und nur die aus dem Zwangsvergleich zustehende Forderung kann zur Aufrechnung gebracht werden, da für den Bestand der gegeneinander aufzurechnenden Forderungen, abgesehen von der für verjährte Forderungen bestimmten Ausnahme (B.G.B. § 390), stets die Zeit der Aufrechnung maßgebend ist. Die rückwirkende Kraft der Aufrechnung greift nicht über die inzwischen erfolgte Tilgung der aufzurechnenden Forderung hinüber. O.Tr. **43**, 439, 452. Eccius **1** § 94 Anm. 98, Petersen-Kleinfeller Vorb. 6 a. E. Wegen der bedingten Forderungen des Gläubigers s. Anm. 4 zu § 54. Zu einer entgegengesetzten Auffassung kann man nur kommen, wenn man annimmt, daß der zur Aufrechnung befugte Gläubiger schon durch diese Befugniß von allen Einwirkungen des Konkurses befreit werde (Jaeger A. 28 zu § 53). Hierüber s. A. 2 zu § 53.

8) **Die Beschränkungen der §§ 55, 66 sollen für den Konkurs als zwingendes**

Digitized by Google

Recht gelten. Vereinbarungen, die entgegen den §§ 55, 56 mit dem G.Schuldner getroffen sind, können dem K.Verwalter nicht entgegengesetzt werden, auch wenn die Vereinbarung vor der K.Eröffnung an sich gültig abgeschlossen ist (**RG.** 30. März 1874 JW. 241).

Dagegen kann der Gläubiger selbstverständlich auf sein Aufrechnungsrecht ebenso, wie auf ein Pfand- oder Retentionsrecht verzichten.

9) Bei **Verschiedenheit des für die gegenseitigen Forderungen maßgebenden örtlichen Rechtes** ist für die Zulässigkeit der Aufrechnung das Recht maßgebend, unter dessen Herrschaft die Forderung steht, deren Erlöschen durch Aufrechnung behauptet wird, **RG. 26**, 67; vgl. § 56, Mot. S. 238.

10) **Uebergangsrecht.** Die Frage, inwieweit die Aufrechnungsvorschriften des B.G.B., inwieweit die des bisherigen bürgerlichen Rechts Anwendung finden, ist grundsätzlich dahin zu entscheiden, daß eine unter dem neuen Rechte vorgenommene Aufrechnung sich nach Voraussetzungen, Ausübung und Wirkung nach neuem Rechte bestimmt, auch wenn beide Forderungen noch unter altem Rechte entstanden sind. Dieser Satz kann aber da nicht gelten, wo nach dem alten Rechte schon durch das Gegenübertreten kompensabler Forderungen beide ipso jure erlöschen (code civ. art. 1290). Vgl. des Näheren Habicht, Einwirkung des B.G.B. S. 186 ff.; auch Anm. 3 zu § 53.

Für Forderungen, die vor dem 1. Oktober 1879 abgetreten oder erworben sind, gilt in Ansehung der §§ 50, 55 Nr. 3, 56 K.O. die Vorschrift des § 10 E.G. z. K.O. vom 10. Februar 1877.

§ 53. (46.)

Soweit ein Gläubiger zu einer Aufrechnung befugt ist, braucht er seine Forderung im Konkursverfahren nicht geltend zu machen.

E. I. 52. P. 95.

1. Aufrechnungsrecht eines Gläubigers des G.Schuldners; des K.Verwalters.
2. Aufrechnung außerhalb des Konkursverfahrens.
3. Allgemeine rechtliche Voraussetzungen.
4. Nicht Pflicht, aber Recht des K.Gläubigers zur K.Anmeldung.
5. Anmeldung noch kein Verzicht auf das Aufrechnungsrecht.
6. Aufrechnung mit Forderungen des § 63, Naturalforderungen u. Masseschulden.
7. Aufrechnung gegen mehrere Forderungen

1) Aus dem Nachsatze des § 53 geht hervor, daß unter dem „Gläubiger" nur ein **Gläubiger des G.Schuldners** verstanden ist und nur dessen Befugnisse und Stellung sind hier und im fortsetzenden § 54 in Rede. Will der **Verwalter** aufrechnen, so hat er seine Befugniß dazu nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts nachzuweisen. Die Begünstigungen des § 54 kommen ihm nicht zu Statten. Mot. 232. Ist indeß eine K.Forderung des Gläubigers angemeldet und festgestellt, so fällt gegenüber einer Aufrechnung des Verwalters durch die Umwandlung der Forderung in eine Geldforderung und durch die Berechnung der betagten Forderung nach § 65 das sonst in der Ungleichartigkeit oder Betagtheit der Forderung des Gläubigers vorhandene Hinderniß fort. Vgl. § 145 Abs. 2, Fitting § 21 Anm. 5. Ueber die Nichtbefugniß anderer K.Gläubiger, ihr Bestreiten einer angemeldeten K.Forderung durch die Aufrechnung derselben mit einer Forderung des G.Schuldners zu begründen, vgl. Anm. zu § 146.

2) **Der aufrechnende Gläubiger des G.Schuldners bleibt außerhalb des Konkurses.** Bestreitet der Verwalter dessen Aufrechnungsbefugniß und klagt er die Forderung des G.Schuldners ein, so wird in diesem Prozesse, also formell außerhalb des K.Verfahrens über die Aufrechnung entschieden; dabei sind aber die für den Konkursfall gegebenen materiellen Vorschriften der §§ 54 ff. zu berücksichtigen. Aus der Vorschrift des § 53 folgt aber nicht, daß der zur Aufrechnung befugte Gläubiger schon durch diese Befugniß von allen Wirkungen des Konkurses befreit sei. Er ist nur nicht an die Form der Anmeldung gebunden, um seine Forderung geltend zu machen. Insbesondere unterliegt er der Einwirkung des Zwangsvergleichs, wenn er oder der Verwalter nicht vorher wirklich aufgerechnet hat. A. M. Jaeger A. 28 zu § 53. Das von Jaeger angezogene

Digitized by Google

Urtheil RG. v. 20. Juni 1892, JW. 363 N. 8 spricht nicht von der Aufrechnung nach dem Konkurse, sondern von der Aufrechnung gegen den Verwalter, also im Konkurse. Auch in den früheren Auflagen dieses Kommentars, auf die sich Jaeger beruft, ist dessen Ansicht nicht gebilligt.

3) **Vorausgesetzt ist, daß das bürgerliche Recht abgesehen von den Modifikationen der K.O. eine Aufrechnung zuläßt.** Unbedingt maßgebend bleibt, daß sich — und zwar gemäß § 55 Abs. 1 zur Zeit der K.Eröffnung — gegenseitige Forderungen gegenüber stehen müssen. Ueber die Aufrechnung einer offenen Handelsgesellschaft und eines Gesellschafters für seine Privatforderung gegen einen Gesellschaftsgläubiger, vgl. RG. 10, 47; 11, 114; 31, 81; über die Aufrechnung eines Gesellschaftsgläubigers RG. 41, 81. S. auch Staub, Komm. z. H.G.B. Exkurs zu § 125 Z. 6 ff. — Bei einer vor dem 1. Januar 1900 übernommenen Bürgschaft kann der Bürge gegen seine Bürgschaftsschuld mit einer — wenngleich erst nach diesem Zeitpunkt entstandenen — Forderung des Hauptschuldners aufrechnen, sofern dies nach bisherigem Recht (z. B. § 328 I. 16 A.L.R.) zulässig war (§ 170 E.G. z. B.G.B.). Bei nach dem 1. Januar 1900 übernommenen Bürgschaften gilt § 770 Abs. 2 B.G.B. (Vgl. Habicht, Einwirkung des B.G.B. 2. Aufl. S. 185 f.). — Hinsichtlich der Aufrechnung von Schulden und Forderungen der Ehefrau durch ihren Mann vgl. B.G.B. § 1376 Z. 2; zur Aufrechnung von Nachlaßschulden und Nachlaßforderungen mit Forderungen und Schulden des Erben oder eines von mehreren Erben, B.G.B. §§ 1977, 2040. — Sofern eine Forderung wegen ihrer Eigenschaft der Aufrechnung nach Reichs- oder Landesrecht entzogen ist (vgl. B.G.B. §§ 393, 394 in Verbindung mit C.P.O. §§ 850 ff. und die in Anm. 10 zu § 1 bezeichneten Gesetze), oder sofern sonst die Aufrechnung nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen oder dem Charakter des Rechtsverhältnisses ausgeschlossen ist (vgl. RG. 3, 113: Beschaffung eines Kompensationsobjekts durch rechtswidriges Verhalten; RG. 6, 69; 18, 1; 19, 124; jetzt H.G.B. §§ 221, 320 unstatthafte Kompensation rücksichtlich der Aktenzeichnung — insbesondere auch § 393 B.G.B.), bleibt die Aufrechnung auch im Konkurse unstatthaft. Ist nach bisherigem Recht die Aufrechnung gegen einen Anspruch zulässig, nach neuem Recht aber unzulässig — oder umgekehrt, so kommt das Recht zur Anwendung, unter dessen Herrschaft der Anspruch entstanden ist. (Vgl. Habicht, Einwirkung des B.G.B. 2. Aufl. S. 187). Den Forderungen aus den im Konkurse unwirksamen oder anfechtbaren Geschäften kann natürlich die Unwirksamkeit oder Anfechtung entgegengesetzt werden. R.O.H. 10, 209. Die Vorschriften der K.O. über Aufrechnung gelten auch für Forderungen und Gegenforderungen aus demselben Rechtsgeschäfte. Die abweichende Ansicht der früheren Aufl. kann jedenfalls für das neue Recht nicht aufrecht erhalten werden; vgl. darüber Anm. 3 zu § 55. — Ueber den Kontokurrentvertrag als Aufrechnungsvertrag verbunden mit vertragsmäßiger Stundung bis zu den Rechnungsabschnitten vgl. Oetker 1, 255 ff.

4) **Der Aufrechnungsberechtigte braucht seine Forderung im Konkurse nicht anzumelden.** Er kann die Frage außerhalb des Konkurses erledigen, und da er sein Recht auf Deckung seiner eigenen Schuld geltend macht, so kann er im Falle eines Streites die Klage des Verwalters abwarten. Einer Zuziehung der anderen K.Gläubiger, wie bei sonstiger Feststellung der K.Forderungen, bedarf es für diese Frage nicht; wenn er zur Aufrechnung berechtigt ist, verlangt er nichts aus der K.Masse.

Es kann im Interesse des Gläubigers liegen, daß er sein Recht der Aufrechnung während des Konkurses ausübt, um dafür die Begünstigungen des § 54 zu genießen, vgl. Vorbem. 6 zu § 53. Als Akt, durch den er sein Recht „geltend macht" und den Eintritt der Folgen der Aufrechnung bewirkt, genügt „jede auch außergerichtliche Erklärung gegen den K.Verwalter" (Mot. 229), ist indeß eine solche Erklärung auch erforderlich, Vorbem. 4 vor § 53. Für die Einrede oder Widerklage der Kompensation bei prozessualischer Einziehung einer Forderung sind die §§ 145, 301, 302, 33 C.P.O. zu beachten. Vgl. Vorb. 3 vor § 53. Das Recht, seine Forderung im Konkurse zu liquidiren, ist dem Gläubiger nicht versagt.

5) **Der Gläubiger erklärt dadurch, daß er seine Forderung im Konkurse liquidirt,**

Digitized by Google

keinen Verzicht auf seine Aufrechnungsbefugniß, wie ein Kläger durch die Klage nicht das Recht verliert, die eingeklagte Forderung selbst nach dem Urtheil zur Aufrechnung zu verwenden. Er kann also auch nach der K.Feststellung trotz § 145 Abs. 2 noch mit der festgestellten Forderung aufrechnen. Mot. 233; **RG. 26**, 116; Oetker **1**, 247. Unter Umständen kann er ein Interesse haben, die Aufrechnung noch aufzuschieben und vorzubehalten, namentlich, wenn seine Forderung nicht auf Geld gerichtet oder die ihm entgegenstehende betagt oder bedingt ist, oder geringer ist, als die seinige und er zunächst eine Dividende unter Berechnung seiner vollen Forderung zu haben wünscht, in welchem Falle der Verwalter ein Interesse hat, seinerseits aufzurechnen. Ob in den Handlungen und Erklärungen der Betheiligten ein Verzicht auf das Aufrechnungsrecht enthalten, ist eine Thatfrage und nach den konkreten Umständen zu entscheiden; so lange indeß nicht sonst ein Verzicht ausgedrückt ist, liegt auch in der Annahme einer Abschlagszahlung noch kein Verzicht auf die Aufrechnungsbefugniß, sondern nur die Ausübung eines Theils seiner Rechte, wodurch die ihm sonst noch zustehenden Rechte nicht berührt werden. Eben deshalb bedarf es auch keines ausdrücklichen Vorbehalts seiner weiteren Rechte, R.O.H. **10**, 167; andererseits modifizirt ein solcher Vorbehalt die Qualität seiner Forderung nicht. Der Vorbehalt erklärt nur, daß der Gläubiger sein Aufrechnungsrecht zur Zeit noch nicht ausübt; er kann seine Forderung unter Abzug der etwa erhaltenen Dividende zur Aufrechnung verwenden. Sarwey-Bossert Anm. 3; Jäger Anm 12; Stieglitz Anm. III.; Fuchs S. 82; Fitting § 21 zu IV.; R.O.O. **13**, 276. A.M. Hullmann S. 189; Völderndorff S. 569, 570. In der vorbehaltlosen Zahlung der Schuld (vgl. Anm. 4a zu § 54), sowie in vorbehaltloser Betheiligung an einem Zwangsvergleiche und vorbehaltloser Annahme der Zwangsvergleichsrate ist füglich ein Verzicht auf das Aufrechnungsrecht zu finden. **RG. 16**, 68.

6) Gläubiger, die ihre **Forderungen nach § 63 Nr. 3, 4** als K.Forderungen im Konkurse nicht geltend machen können, ebenso die Gläubiger aus **Natural-Obligationen**, die nicht klagen, aber aufrechnen können (vgl. Anm. 5 zu § 3), sind von der Befugniß zur Aufrechnung gegen den Verwalter nicht ausgeschlossen. Das Recht steht ihnen, sobald sie erklären, es ausüben zu wollen, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen rückwirkend zu, sofern die Gegenseitigkeit zur Zeit der K.Eröffnung bereits vorhanden war (vgl. § 55); und ist ihnen durch keine Vorschrift der K.O. entzogen, da die Beschränkung des § 4 ungeachtet der in den Mot. (vgl. Vorb. 1) ausgesprochenen Parallelisirung des Aufrechnungsrechts mit dem Absonderungsrecht auf das erste nicht ausgedehnt, vielmehr die Aufrechnung im Tit. 6 gesondert von der Absonderung des Tit. 5 behandelt ist. Dagegen kommen die Begünstigungen des § 54 solchen Gläubigern nicht zu Statten; denn § 54 wie § 53 setzen K.Gläubiger voraus, die in der Lage sind, ihre Forderung im K.Verfahren geltend machen zu können; nur von diesen kann gesagt werden, daß sie es nicht zu thun „brauchen". Jene müssen also eine nach dem sonstigen bürgerlichen Rechte zulässige Aufrechnung begründen. Stieglitz Vorb. 2b vor § 46; Petersen-Kleinfeller Vorb. 3 vor § 53; Sarwey-Bossert Anm. 2 zu 4; Völderndorff zu a III. S. 567; Fitting § 21 Anm. 3; Endemann S. 198; Oetker **1**, 232. A.M. Mandry-Geib S. 448 f.; Jäger Anm. 7 zu § 53 u. Anm. 1 zu § 54. — Nach neuem Recht giebt es eigentliche Natural-Obligationen nicht mehr. Verjährte Forderungen sind nach B.G.B. weder Naturalforderungen, noch ganz aufgehoben; sie sind vielmehr mit Einrede behaftete Ansprüche. Wenngleich solche Ansprüche nach Vorschrift des § 390 B.G.B. S. 1 im Allgemeinen nicht aufgerechnet werden können, so gilt doch gerade für eine verjährte Forderung die Ausnahme von S. 2 a. a. O., wonach diese Forderung aufrechenbar ist, wenn sie zur Zeit, zu der sie gegen die andere Forderung aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war.

Wegen der Aufrechnung mit **Masseschulden** vgl. Anm. 4 zu § 55.

7) Falls eine **Aufrechnung gegen mehrere Forderungen** zulässig ist, bleibt nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden, ob und inwieweit der Gläubiger das Wahlrecht hat oder darin beschränkt ist. Im Vordersatze des § 53 vorausgesetzt, ist das bürgerliche Recht in dieser Beziehung durch die K.O. nicht geändert. Anwendbar ist daher § 396 B.G.B. Vgl. auch **RG. 7**, 243; 15. Febr. 1887, J.W. S. 103; R.O.H. **9**, 110; **15**, 105 und

Digitized by Google

die daselbst in Bezug genommene Literatur des gem. Rechts. Abweichend wollen Stieglitz Anm. II; Fitting § 21 zu II. und Völderndorff I, 567 unbedingt dem Gläubiger die Wahl einräumen, gegen welche seiner Forderungen er aufrechnen will; Stieglitz, weil die K.O. in erster Linie dem Gläubiger das Recht verleihe, seine Schuld als Deckung für seine Forderung zu behalten. Indeß gestattet die K.O. dies nicht über den Umfang seines Rechts hinaus, wobei das Civilrecht maßgebend bleibt, soweit es nicht geändert ist.

§ 54. (47.)

Die Aufrechnung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens die aufzurechnenden Forderungen oder die eine von ihnen noch betagt oder noch bedingt war, oder die Forderung des Gläubigers nicht auf einen Geldbetrag gerichtet war.

Eine betagte Forderung des Gläubigers ist zum Zwecke der Aufrechnung nach der Vorschrift des § 65 zu berechnen.

Zum Zwecke der Aufrechnung einer aufschiebend bedingten Forderung bei dem Eintritte der Bedingung kann der Gläubiger Sicherstellung insoweit verlangen, als die Forderung der von ihm einzuzahlenden Schuld gleichkommt.

Eine nicht auf Geld gerichtete Forderung des Gläubigers ist zum Zwecke der Aufrechnung nach den Vorschriften der §§ 69, 70 zu berechnen.

E. I. 53. P. 96 Nr. 3.

1. Inhalt des § 54 im Allgemeinen.
2. Betagte Forderung
   a) des G.Schuldners,
   b) seines Gläubigers.
3. Auflösend bedingte Forderungen.
4. Aufschiebend bedingte Forderung
   a) des Gläubigers,
   b) des G.Schuldners.
5. Liquidität.
6. Gleichartigkeit.

1) Der gesammte **Inhalt des § 54** spricht nur davon, daß und unter welchen Voraussetzungen ein Gläubiger des G.Schuldners die Aufrechnung beanspruchen kann; nicht von einem Rechte des Verwalters. Diese aus dem Anschlusse an § 53 sich ergebende Bedeutung der im Abs. 1 gemeinten „Aufrechnung" (Anm. 1 zu § 53) wird durch die Bezeichnung der Befugnisse des Gläubigers und der „Forderung des Gläubigers" in Abs. 2 bis 4 bestätigt. — **Abs. 1** spricht die Zulässigkeit der Kompensation der betagten, bedingten und nicht auf Geld gerichteten Forderungen aus; in **Abs. 2, 3, 4** sind die näheren Modifikationen angegeben, unter denen die Berücksichtigung solcher Forderungen stattfinden soll. Ueber die Frage, ob die Vorschriften legislatorisch mit den Mot. 229—234 begründet sind, weil die Hindernisse nicht dem Rechte, sondern nur dessen Ausübung entgegenständen und durch den K.Zweck gegenstandslos werden, oder mit Mandry § 42 in den Bestimmungen der §§ 65, 66, 69, 70 und der Gefährdung des Gläubigers ihren Grund finden, oder mit v. Schrutka-Rechtenstamm, Kompens. im Konk. nur Singularitäten aus Billigkeitsgründen sind, ist bereits zu Vorb. 2a vor § 53 gehandelt. Die Zulässigkeit der Aufrechnung ohne Rücksicht auf Fälligkeit, Bedingtheit und Gleichartigkeit ist indeß nur unter der ausgesprochenen Voraussetzung erklärt, daß die gegenseitigen Forderungen zur Zeit der Konkurseröffnung schon bestanden. In diesem Falle ist dem Gläubiger die Aufrechnung gestattet, gleichviel ob seine eigene Forderung oder die des G.Schuldners oder beide betagt oder bedingt sind. Nur hinsichtlich der Gleichartigkeit ist die Ausnahme darauf beschränkt, daß die Forderung des Gläubigers zur Zeit der K.Eröffnung nicht schon auf einen Geldbetrag gerichtet zu sein braucht. Ueber die sofortige Anwendbarkeit des § 54 in allen nach der Gesetzeskraft der K.O. eröffneten Konkursen vgl. Anm. zu EG. § 10.

2) Zu Abs. 2. **Betagte Forderungen.** Ob die Befristung im Interesse des Gläubigers oder des Schuldners erfolgt war, ist bei der unterschiedslosen Fassung des Abs. 1 rechtlich unerheblich.

Digitized by Google

a) Will der **Gläubiger seine fällige Forderung** mit einer **betagten Forderung des G.Schuldners** aufrechnen, so ist dies nach Abs. 1 gestattet. Aber er kann nicht verlangen, daß diejenige des G.Schuldners, falls sie unverzinslich ist, nur gemäß § 65 Abs. 2 berechnet wird. Die Vorschrift des Abs. 2 betrifft diesen Fall nicht, sondern nur den zu b nachstehend erwähnten; und auch die Vorschrift des § 65 Abs. 2, sowie der Grund derselben betrifft nur betagte Forderungen des Gläubigers. Auf die betagten unverzinslichen Forderungen des G.Schuldners aber findet die Dispositivvorschrift des § 272 B.G.B. Anwendung, sodaß bei Aufrechnung gegen solche Forderungen ein Abzug des Zwischenzinses nur zulässig ist, wenn er auf gültiger Uebereinkunft beruht, die auch mit Rücksicht auf die Verkehrsübung eine stillschweigende sein kann (B.G.B. § 157). Der Gläubiger kann für seine fällige verzinsliche Forderung auch die Zinsen bis zur K.Eröffnung zur Aufrechnung bringen, nicht spätere Zinsen. Diesen steht zwar die Vorschrift des § 63 Nr. 1 nicht entgegen, da die Aufrechnung außerhalb des Konkurses erfolgt und nicht eine „Geltendmachung im Konkurse", die § 63 nur verbietet, ist; indeß steht § 55 Nr. 2 und der Umstand entgegen, daß die Zinsen eine erst nach der K.Eröffnung je mit dem Zeitablauf neu entstehende Forderung begründen, Anm. 2, § 63. Petersen-Kleinfeller Anm. II. 2; Sarwey-Bossert Anm. 2; Hullmann Anm. 4; Stieglitz, Völderndorff zu § 47 a. F.; Endemann S. 200.

b. Ist die **Forderung des Gläubigers betagt**, so gilt sie nach § 65 als mit der K.Eröffnung fällig und ist nach Abs. 2 zum Zwecke der Aufrechnung nach § 65 zu berechnen, d. h. also, 1. wenn sie verzinslich ist, wie alle betagten K.Forderungen nach § 65 Abs. 1 ohne fernere Zinsen für die Zeit nach der K.Eröffnung, aber auch ohne den für verzinsliche Forderungen im § 65 Abs. 2 nicht vorgeschriebenen Abzug des Interusurium; 2. wenn sie unverzinslich ist, unter Abzug des Interusurium nach § 65 Abs. 2. Vgl. Mot. 233, Mandry-Geib § 42. — Da § 65 durch §§ 69, 70 ergänzt wird, so sind auch die §§ 69, 70 anwendbar, wenngleich sie im E. § 47 von der R.K. (wohl aus Versehen) gestrichen sind. Fitting § 21 Anm. 5.

3) Hinsichtlich der **Forderungen unter auflösender Bedingung** erleidet die Aufrechnung entsprechend dem § 66 keine Beschränkung. Sie können als sofort existent aufgerechnet werden. Vorbehalten bleibt auch hierfür, wie für § 66 das etwa nach dem bürgerlichen Rechte dem G.Schuldner oder dem Verwalter zustehende Recht, von dem Gläubiger für den Fall des Eintritts der auflösenden Bedingung Sicherheitsleistung zu fordern, wenn die Forderung des Gläubigers resolutiv bedingt ist, Anm. 1 zu § 66. Ebenso das gleiche Recht des Gläubigers, Sicherheit vom Verwalter zu fordern, wenn dessen Forderung resolutiv bedingt ist, insbesondere wenn ihr Betrag größer ist, als die aufzurechnende K.Forderung und der Verwalter die Zahlung des Mehrbetrags fordert. In diesem Falle wird der Gläubiger auch vorsichtig seine Forderung für den Fall des Eintritts der Resolutivbedingung im Konkurse anmelden. Fuchs S. 82, 83; Stieglitz Anm. III zu § 47 a. F.

4) Zu Abs. 3 betr. **aufschiebend bedingte Forderungen. Vom Abs. 3** ist nur

a. der Fall **betroffen, wenn der Gläubiger seine aufschiebend bedingte Forderung** zur Aufrechnung bringen will, während seine Schuld an den G.Schuldner eine unbedingte ist und der Verwalter diese zur Masse einzieht Diese Aufrechnung kann erst dann eine Tilgung der Forderung des G.Schuldners bewirken, wenn die bedingte Forderung durch Eintritt der Bedingung wirksam geworden ist. Ist die Bedingung während des Konkurses eingetreten und die gegenüberstehende Forderung noch nicht bezahlt, so unterliegt die Aufrechnung den gewöhnlichen Vorschriften. Anderenfalls hat das dem Gläubiger hier beigelegte Recht der Aufrechnung nur die Bedeutung, daß er später bei Eintritt der Bedingung aufrechnen darf. Dem entspricht der Wortlaut des Gesetzes „zum Zwecke der Aufrechnung bei dem Eintritte der Bedingung". Damit der Gläubiger dies Recht mit Erfolg ausüben kann, soll er Sicherheit verlangen dürfen und dieser Befugniß liegt nothwendig das Recht zu Grunde, das auf Grund der unbedingten Schuld Gezahlte zurückzufordern. Sowie die Verpflichtung zur Sicherstellung eine Masseschuld ist, ist der Gläubiger in Ansehung der Rückforderung Massegläubiger. Die Forderung auf Rückgewähr, die ihren Grund in der

Digitized by Google

bedingten Forderung hat, unterliegt daher nicht dem Zwangsvergleich. Nur in der Begründung dieser Forderung auf Rückgewähr besteht die rechtliche Bedeutung des für die Zukunft gegebenen Rechtes der Aufrechnung. Das steht in der Wirkung dem gleich, daß die zur Aufrechnung gebrachte bedingte Forderung durch den Zwangsvergleich nicht betroffen wird. Voraussetzung für die Rückforderung wie für das Verlangen der Sicherstellung ist aber, daß zur Masse gezahlt und der Vorbehalt spätestens bei der Zahlung dem Verwalter erklärt wird. Hat der Gläubiger überhaupt noch nicht gezahlt, so ist er dadurch gegen den Verwalter von selbst gesichert. Zahlung ohne Vorbehalt würde einen Verzicht auf die Aufrechnung enthalten. Zahlung an den G.Schuldner könnte nur nach der Beendigung des Konkurses vorkommen. Für die alsdann entstehenden Rechtsverhältnisse aber sind die Vorschriften des § 54 nicht gegeben. Ist der Konkurs ohne Zwangsvergleich beendigt, so ist der G.Schuldner ebensowenig wie vor dem Konkurse zu einer Sicherheitsleistung verpflichtet, deren Forderung nicht während des Konkurses begründet ist. Im Falle des Zangsvergleichs ist, wenn nicht vorher zur Masse gezahlt ist, nicht eine Rückforderung, sondern nur die bedingte Forderung des Gläubigers in Frage und diese ist an sich durch den Zwangsvergleich mit betroffen, so daß sie nach Eintritt der Bedingung nur in Höhe der Vergleichsrate eingefordert oder zur Aufrechnung benutzt werden kann.

Ist der Vorbehalt gemacht, so ist es nicht weiter von Bedeutung, daß der Gläubiger Sicherstellung nicht gefordert hat; er kann sie während des Konkurses jeder Zeit nachfordern. Der bedingte Masseanspruch ist aber bei Beendigung des Konkurses sicher zu stellen (§ 191). Die zur Sicherstellung hinterlegten Beträge sollen nach § 171 für die Schlußvertheilung zur K.Masse zurückfließen, wenn die Möglichkeit des Eintritts der Bedingung eine so entfernte ist, daß die bedingte Forderung einen gegenwärtigen Vermögenswerth nicht hat. Daraus könnte etwa auch geschlossen werden, daß nur für bedingte K.-Forderungen bei den Vertheilungen ein verhältnißmäßiger Betrag zurückzubehalten sei. Aber das Recht des zur Aufrechnung berechtigten bedingten Gläubigers ist ein Anspruch an die Masse. Die Sicherheit ist nach den §§ 232 ff. B.G.B. zu leisten und der § 171 bezieht sich auf alle Gegenstände, mit denen Sicherheit geleistet worden ist.

b. Ist die Forderung des Gläubigers unbedingt, aber die Forderung des G.Schuldners, also die **Schuld des Gläubigers, aufschiebend bedingt**, — ein Fall, welchen nicht Abs. 3, dagegen Abs. 1 betrifft — so kann der Gläubiger seine Forderung liquidiren und die Aufrechnung gegenüber dem Verwalter, der seinerseits nach dem bürgerlichen Rechte nicht Aufrechnung verlangen kann, bis zum Eintritte der Bedingung ablehnen und aufschieben, nach Eintritt der Bedingung aber die Forderung unter Abzug der etwa erhaltenen Dividende zur Aufrechnung verwenden, Anm. 5 zu § 53. Der Gläubiger kann indeß auch schon früher nach Abs. 1 aufrechnen (über sein Interesse hierfür vgl. Vorb. 6 vor § 53); der Verwalter, welchem seine bedingte Forderung als unbedingte angerechnet wird, hat kein Interesse, dafür Sicherstellung zu fordern. In keinem Falle gewährt die K.O. dem Verwalter für den Fall zu b. ein nicht sonst nach dem bürgerlichen Rechte begründetes Recht auf Sicherheitsleistung. Mandry-Geib § 42.

Ueber die hauptsächlichsten Fälle aufschiebend bedingter Forderungen, den Rückgriff eines Bürgen gegen den Hauptschuldner vgl. Anm. 6 zu § 55 und Anm. zu § 67.

5) Zu den bedingten Forderungen rechnen die Mot. 234 auch die illiquiden und die R.Kommiss. ist dieser Auffassung beigetreten. Prot. 58. Die Auffassung hat im Gesetze keinen Ausdruck gefunden. Dadurch, daß die (derzeitige) Ausübung eines Rechts von einem Beweise oder einem bestimmten Grade des Nachweises abhängig gemacht ist, wird das Recht nicht bedingt. Die Frage ist für das neue Recht ohne jede Bedeutung, da nach § 387 B.G.B. die **Liquidität** kein Erforderniß der Aufrechnung ist. Auch unter dem bisherigen Recht ist von der herrschenden Meinung die partikularrechtlich für nöthig erklärte Liquidität als ein lediglich prozessuales nach C.P.O. §§ 136, 274 a. F. beseitigtes Erforderniß angesehen worden (vgl. **RG.** 12, 254; 15, 376; 31, 101; Mandry-Geib § 42; Eccius I, § 94 Anm. 66, 95). Ist über die Klageforderung mit Vorbehalt der Entscheidung über die Aufrechnung mit einer illiquiden Gegenforderung erkannt, so ist der auf Erstattung

Digitized by Google

des Geleisteten gerichtete Anspruch des Beklagten ebenso ein Anspruch gegen die Masse wie bei der Aufrechnung mit einer bedingten Forderung (C.P.O. § 274). — In jedem Falle wird die Aufrechnung des Gläubigers dadurch nicht ausgeschlossen, daß seine Schuld schon durch einen vollstreckbaren Titel festgestellt ist, auch nicht dadurch, daß bei der Zwangsvollstreckung nach C.P.O. § 767 Abs. 2 die Aufrechnung nicht entgegengesetzt werden könnte; RG. 6, 279; dagegen natürlich durch eine in einem solchen Prozesse erfolgte Aberkennung der Forderung des Gläubigers, C.P.O. § 322 Abs. 2. — Seine liquide Forderung wird der Gläubiger, wenn ihm eine illiquide Forderung des G.Schuldners entgegensteht, sachgemäß anmelden mit der Erklärung, daß er für den Fall des Nachweises der gegnerischen Forderung mit derselben aufrechne. Dies ist keine bedingte Aufrechnung (vgl. Vorb. 4 vor § 53).

6) Zu Abs. 4. Das Erforderniß der **Gleichartigkeit** ist auch für die Konkursaufrechnung, welche der Gläubiger ausüben will, nicht in jeder Beziehung beseitigt. Die Aufrechnung wird nur nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Forderung des Gläubigers nicht auf Geld gerichtet war. Der Grund liegt darin, daß jede K.Forderung sich mit der K.Eröffnung in eine Geldschuld verwandelt und, falls dies nicht möglich ist, überhaupt keine K.Forderung, also zu einer K.Aufrechnung nicht geeignet ist; vgl. Anm. zu §§ 69 und 3. Indem nur in dieser Beziehung das Hinderniß der Ungleichartigkeit beseitigt wird, ist dem Gläubiger die Aufrechnung ermöglicht, wenn die Gegenforderung des G.Schuldners eine Geldforderung ist; nicht aber, wenn diese nicht auf Geld gerichtet ist. Für diesen Fall ändert weder Abs. 1 noch Abs. 3 das bürgerliche Recht. Der Gläubiger mag, wenn er kann, abwarten, ob der Verwalter für seine Forderung das Interesse verlangt (C.P.O. §§ 887 ff., 893) und kann dann kompensiren, woran er auch in diesem Falle nicht durch die Anmeldung seiner Forderung gehindert wird. Anm. 2 zu § 53.

§ 55. (48.)

Eine Aufrechnung im Konkursverfahren ist unzulässig:

1. wenn Jemand vor oder nach der Eröffnung des Verfahrens eine Forderung an den Gemeinschuldner erworben hat und nach der Eröffnung etwas zur Masse schuldig geworden ist;
2. wenn Jemand dem Gemeinschuldner vor der Eröffnung des Verfahrens etwas schuldig war und nach derselben eine Forderung an den Gemeinschuldner erworben hat, auch wenn diese Forderung vor der Eröffnung für einen anderen Gläubiger entstanden war;
3. wenn Jemand vor der Eröffnung des Verfahrens dem Gemeinschuldner etwas schuldig war und eine Forderung an den Gemeinschuldner durch ein Rechtsgeschäft mit demselben oder durch Rechtsabtretung oder Befriedigung eines Gläubigers erworben hat, falls ihm zur Zeit des Erwerbes bekannt war, daß der Gemeinschuldner seine Zahlungen eingestellt hatte, oder daß die Eröffnung des Verfahrens beantragt war. Die Vorschrift des § 33 findet entsprechende Anwendung.

Die Aufrechnung ist zulässig, wenn der Erwerber zur Uebernahme der Forderung oder zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet war und zu der Zeit, als er die Verpflichtung einging, weder von der Zahlungseinstellung noch von dem Eröffnungsantrage Kenntniß hatte.

E. I. 54. P. 97.

1. § 55 zwingendes Recht.
2. Zu Nr. 1: a. Entstehung einer Schuld an die K.-Masse nach K.Eröffnung.
3. b. Gegenseitige Ansprüche aus demselben Rechtsgeschäfte.
4. c. Aufrechnung einer Masseschuld gegen eine For-

Digitized by Google

derung zur Masse, einer Schuld zur Masse gegen eine Dividende; Aufrechnung gegen eine nach K.-Eröffnung entstandene Forderung des G.Schuldners mit Forderungen an ihn.
5. Zu Nr. 2: a. Erwerb einer Forderung nach der K.Eröffnung.
6. b. Zeit des Erwerbs bedingter Forderungen, Wechselforderungen, Forderungen des Bürgen.
7. Zu Nr. 3! a. Kenntniß der Zahlungseinstellung, des Eröffnungsantrags beim Forderungserwerb.
8. b. Nur Aufrechnung gemäß Nr. 3 unwirksam.
9. c. Gegenseitige gleichzeitig aus demselben Rechtsgeschäft entstandene Forderungen.
10. d. Keine Anwendung gegen den Erben.
11. e. Beweislast — § 88
12. Zu Nr. 3 Abs. 2: a. Ausnahme von Abs. 1.
13. b. Beweislast.

1) Alle Vorschriften des § 55 sind absolutes, **zwingendes Recht** („ist unzulässig") und können auch durch vorgängige, vertragsmäßige Vereinbarung nicht beseitigt werden, vgl. Vorb. 8 vor § 53. Entspr. P. § 97. Sie gelten aber nur für die Aufrechnung im Konkurse, d. h. für das Verhältniß eines Schuldners des G.Schuldners und seiner K. Masse zum Verwalter und zum G.Schuldner hinsichtlich der K.Masse, nicht für das sonstige Verhältniß zum G.Schuldner, vgl. Vorb. 6 vor § 53.

2) Zu Nr. 1. a. Wenn eine **Schuld an die Masse erst nach der K.Eröffnung entstanden ist,** muß der Schuldner seine Schuld zur Masse zahlen und kann dagegen nicht eine Forderung aufrechnen, die er gegen den G.Schuldner erworben hat, und die entweder überhaupt den Konkurs nicht berührt oder, wenn sie eine K.Forderung ist, nach dem in der Vorb. 2 vor § 53 angegebenen Grundsatze nicht aufrechenbar ist, weil mit der K.Eröffnung die Zulässigkeit der Erwerbung einer Bevorzugung einzelner Gläubiger durch Erlangung eines Deckungsrechts fortfallen soll. Mot. 235.

Wesentlich ist für die Unzulässigkeit der Aufrechnung nach Nr. 1, daß der Gläubiger, der aufrechnen will, erst nach der K.Eröffnung zur Masse schuldig wurde; also daß die Forderung des Verwalters für die Masse durch ein Rechtsgeschäft des Verwalters, durch Leistungen aus der Masse (vgl. Anm. zu § 59), durch Verletzungen der Rechte der Masse, durch Erwerb eines früher einem Dritten zustehenden Anspruchs für die Masse erst nach der K.Eröffnung überhaupt entstanden oder dem Gläubiger gegenüber begründet ist. Unzulässig ist daher die Aufrechnung der K.Forderung eines Miethers oder Pächters des G.Schuldners gegen den Mieth- oder Pachtzins, den er für die Zeit nach der K.Eröffnung zur Masse schuldet (vgl. **RG. 1**, 347; **33**, 45; **40**, 124), es sei denn, daß der Miether oder Pächter eine ihm gegen den G.Schuldner „zustehende" Forderung gegen den Zins aufrechnet, der für das zur Zeit der K.Eröffnung laufende und das folgende Kalendervierteljahr zu entrichten ist (§ 21 Abs. 2 Satz 2). Diese Erweiterung des Rechts zur Aufrechnung (Anm. 5 zu § 21) gilt jedoch nur im Falle der Grundstücks- und Raummiethe. Unter der dem Miether oder Pächter „zustehenden" Forderung kann nur eine solche verstanden werden, die bei ihm bereits vor der K.Eröffnung entstanden ist. Soweit die Aufrechnung gemäß § 21 Abs. 2 Satz 2 an sich zulässig ist, stehen dem Miether oder Pächter die Begünstigungen des § 54 zu. Der Pächter des G.Schuldners kann insbesondere seine vor der K.Eröffnung — wenngleich betagt — entstandenen Forderungen auf Rückgewähr der bestellten Kaution oder auf Erstattung von Verbesserungen nicht bloß gegen den Zins für die Zeit bis zur K.Eröffnung, sondern darüber hinaus gegen den Zins für die Zeit bis zum Schlusse des auf die K.Eröffnung folgenden Kalendervierteljahrs aufrechnen. Auch die durch vorzeitige Kündigung aufschiebend bedingte Entschädigungsforderung des Pächters oder Miethers (Anm. 6 zu § 21) kann gegen die Zinsforderung in dem eben dargelegten Umfange geltend gemacht werden (§ 54 Abs. 1 u. 3). § 26 Satz 2 steht nicht entgegen, da diese Bestimmung nur die Geltendmachung der Entschädigungsforderung als Masseschuld, nicht aber ihre Aufrechenbarkeit ausschließen will. — Die Aufrechnung einer K.Forderung gegen ein vom K.Verwalter, wenngleich auf Grund eines pactum de mutuo dando gegebenes Darlehen ist unzulässig, da das Darlehen stets erst mit der Hingabe entsteht (**RG.** 25. Mai 1886, J.W. 248).

3) b. Von Nr. 1 sowie den übrigen Beschränkungen des § 55 werden auch betroffen die **gegenseitigen Forderungen aus demselben Rechtsgeschäfte.** Die Anwendbarkeit der

Digitized by Google

allgemeinen Aufrechnungsvorschriften des bürgerlichen Rechtes und der besonderen des Konkursrechts ist nirgends davon abhängig gemacht, daß die gegenseitig geschuldeten Leistungen aus verschiedenen Rechtsgeschäften herrühren müßten. Demgemäß kann der Pächter gegen seine Schuld aus Verschlechterungen, die mit der Verschlechterung entsteht, seine Forderung auf Rückgewähr der Kaution nur insoweit aufrechnen, als die Verschlechterungen bereits vor der K.Eröffnung eingetreten sind (vgl. Anm. zu § 59). Unter Umständen kommen die gegenüberstehenden Ansprüche aus demselben Rechtsgeschäfte jedoch nicht als selbständige Forderungen sondern als Rechnungsposten in Betracht, die sich mit ihrem Gegenübertreten von selbst mit einander ausgleichen und auf die die Vorschriften über Aufrechnung nicht anwendbar sind. (Vgl. **RG. 46**, 99 dort mit Cit.)

4) c. Von der unbedingt zulässigen **Aufrechnung einer Masseschuld gegen eine Forderung zur Masse** ist hier nicht die Rede. Das Recht dazu steht beiden Theilen zu. Zustimmend Sarwey-Bossert, Anm. 4; Petersen-Kleinfeller 2, 5 und die gemeine Meinung. Abweichend Wolff, Anm. 1 S. 212, der den in § 55 gemachten und auch in Mot. 235 betonten Unterschied zwischen dem Rechtsgeschäftsgebiet des G.Schuldners hinsichtlich der K.Masse, kurz „der Masse", und seinem anderweiten Rechtsgeschäftsgebiet, dem „G.Schuldner" schlechthin (vgl. Vorb. 3 i vor § 1), unbeachtet läßt. Ebenso kann der Verwalter mit **einer Schuld zur Masse gegen eine aus der Masse zu zahlende Dividende** oder eine sonst auszuzahlende berechtigte Forderung kompensiren; umgekehrt ist aber auch die Aufrechnung seitens des K.Gläubigers zulässig. Vgl. Fuchs S. 85; Jaeger, Anm. 3. — Auch die **Aufrechnung gegen eine nach der K.Eröffnung entstandene Forderung des G.Schuldners mit einer vorher oder nachher entstandenen Forderung an ihn wird** vom § 55 nicht berührt und durch § 14 nicht gehindert; jene Forderung ist nicht Bestandtheil der Masse, und die Aufrechnung ist keine Zwangsvollstreckung. **RG. 26**, 77. Ueber die Anwendbarkeit von Nr. 1, 2 auf alle nach der Gesetzeskraft der K.O. eröffneten Konkurse vgl. Anm. zu E.G. § 10.

5) Zu Nr. 2. a. Wenn ein Schuldner vor der K.Eröffnung dem G.Schuldner etwas schuldig war, und **nach der K.Eröffnung eine Forderung an den G.Schuldner erwarb,** so wird diese Forderung, wenn sie überhaupt erst nach der K.Eröffnung entstanden ist, gegenüber der ersten zur K.Masse gehörigen Forderung nicht aufgerechnet werden können, weil sie wegen der rechtlichen Sonderung des K.Vermögens dieses nicht ergreift (§§ 3, 7). War sie schon vor der K.Eröffnung entstanden und überhaupt im Konkurse zu berücksichtigen, also eine K.Forderung, so soll für dieselbe nicht noch nach der K.Eröffnung das Aufrechnungs-Deckungsrecht dadurch erworben werden, daß ein Anderer sie erwirbt, der dem G.Schuldner schuldete, § 15 und Vorb. 3 vor § 53. Aus diesem Grunde ist es für diesen Fall gleichgültig, durch welches Verhältniß die K.Forderung erworben wird, ob durch Kauf, Aufrechnung, Abtretung, sonstige Singularsuccession oder durch Universalsuccession. Auch dem Erben ist diese Aufrechnung versagt. Mot. 235, 236. Unkenntniß von der Zahlungseinstellung schützt dabei nicht. **RG.** 394 ff. wendet die Vorschrift nicht an auf den Fall, daß der Schuldner eine ihm zur Zeit der K.Eröffnung gegen den G.Schuldner zustehende Forderung an einem Dritten zum Zwecke einer Sicherheitsleistung abgetreten und nach der K.Eröffnung durch Einlösung zurückerworben hat.

6) b. Der Fall, daß der Schuldner eine **bedingte Forderung** schon vor der K.Eröffnung erworben hätte und nur die Bedingung erst nachher eingetreten ist, gehört nicht hierher, sondern unter die Fälle zulässiger Kompensationen nach § 54. Wann eine Forderung erworben sei, ist nach dem maßgebenden Civilrechte zu entscheiden. Für den Indossanten eines vom G.Schuldner acceptirten oder ausgestellten **Wechsels,** den der Indossant vor der K.Eröffnung erhalten und begeben hatte, und nach der K.Eröffnung wieder einlösen mußte, ist der Anspruch des Indossanten gegen die Vormänner und den Acceptanten nicht erst mit der Wiedereinlösung, sondern schon mit der Begebung des Wechsels an ihn entstanden; der hierdurch für den Indossanten begründete Anspruch ist durch die Weiterbegebung des Wechsels nicht erloschen; vielmehr dessen Wiedereinlösung nur eine Voraussetzung seiner Geltendmachung. Der Anspruch ist daher den bedingten

Digitized by Google

Forderungen des § 54 gleichzustellen und demnach aufrechnungsfähig. R.O.H. Plen. 24, 1—11. Dies ist nach der K.O. um so mehr anzunehmen, als eine entgegengesetzte Entscheidung in offenbarem Widerspruch mit der für den Fall zu Nr. 3 in gleicher Lage zu treffenden Entscheidung treten würde. Vgl. nachst. Anm. 12. Abw. Hullmann, Anm. 5; Stieglitz, Anm. III. 3, und ferner R.O.H. 17, 338 u. 406. Ebenso ist als bedingt entstanden die **Regreßforderung eines Bürgen** anzusehen, wenn das den Regreß begründende Rechtsverhältniß schon vor der K.Eröffnung entstanden ist und der Bürge erst nach der K.Eröffnung für den G.Schuldner einen verbürgten Betrag gezahlt hat. Gemäß B.G.B. § 774 geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf den Bürgen über, soweit dieser den Gläubiger befriedigt. Eine Abtretung ist zu diesem Uebergange nicht nothwendig. Da die Forderung des Gläubigers erst mit der Befriedigung übergeht, kann sie der Bürge gegen eine zur K.Masse gehörige Forderung nicht zur Aufrechnung bringen, wenn die Befriedigung nach der K.Eröffnung stattgefunden hat.

7) Zu Nr. 3. a. Sind sowohl die Forderung als die Schuld vor der K.Eröffnung entstanden, also an sich aufrechenbar, so soll der Schuldner nicht aufrechnen können, wenn er dem G.Schuldner „schuldig war", demnächst eine Forderung an denselben erwarb und **beim Erwerb der Forderung die Zahlungseinstellung des G.Schuldners oder den Antrag auf die K.Eröffnung gekannt hat.** Erfahrungsgemäß sinken in Folge der Zahlungseinstellung oder des Antrags auf K.Eröffnung die Forderungen an den G.Schuldner im Werthe. Dessen Schuldner erwerben sie zu wohlfeilem Preise und entledigen, indem sie die Forderungen in vollem Betrage aufrechnen, sich bequem ihrer Schuld znm Nachtheil der Masse; oder sie gewähren einzelnen Gläubigern, deren Forderungen sie übernehmen, unter Gegendiensten Vollzahlung oder einen Antheil an ihrem Gewinne. Die Ausplünderung der Massen durch solche frivolen Umtriebe einzelner kollndirender Gläubiger und Schuldner muß von der Gesetzgebung verhindert werden. Mot. 236,237. Die Vorschrift der Nr. 3 ist als eine Ergänzung der Vorschriften über Anfechtung gemeint. Die Anfechtungsvorschriften, § 30 Z. 2, treffen die Fälle, in denen ein Gläubiger Deckung einer Forderung erlangt. Die Vorschrift des § 55 Nr. 3 will die Befreiung eines Schuldners durch Aufrechnung ausschließen. Für den Fall jedoch, daß der Schuldner zur Zeit der Begründung seiner Schuld bereits eine Forderung an den G.Schuldner hatte, kommt Nr. 3 nicht in Betracht, sondern nur, ob das die Forderung begründende Rechtsgeschäft des G.Schuldners nach den Anfechtungsvorschriften des Tit. 3 anfechtbar ist. **RG. 26.** 81; 18. Jan. 1895; J.W. 82.

8) b. Die Unzulässigkeit der Aufrechnung nach Nr. 3 ist zwar — wie zu Anm. 7 dargelegt — eine Ergänzung der Anfechtung, aber selbst keine Anfechtung. Die Vorschrift der Nr. 3 betrifft lediglich die **Unzulässigkeit der Aufrechnung selbst.** Sie berührt nicht die Anfechtung des die Gegenforderung begründenden Rechtsgeschäfts des G.Schuldners. Außer den Fällen, für die nach Vorstehendem die Vorschriften des § 55 gegeben sind, kann eine Anfechtung der Aufrechnung allein wirksam nur dann erfolgen, wenn über sie ein besonderes Rechtsgeschäft (Aufrechnungsabrede) geschlossen ist und wenn zugleich nicht schon ohne ein solches durch das Bestehen der gegenseitigen Forderungen das Aufrechnungsrecht gesetzlich begründet ist; ist dies schon durch das Bestehen der beiderseitigen Forderungen begründet, so kann nur die Anfechtung des die Forderung begründenden Rechtsgeschäfts zur Beseitigung der Aufrechnung führen, **RG. 26,** 83.

9) c. Der Fall, wenn die **Forderung selbst gleichzeitig mit der Gegenforderung durch dasselbe Rechtsgeschäft** entstanden ist, wird von § 55 ebensowenig, wie der Fall gleichzeitiger Hypothekbestellung bei Entstehung der Forderung vom § 30 (vgl. Anm. 19 zu § 30) betroffen. Nr. 3 setzt vielmehr ausdrücklich voraus, daß der Schuldner bereits zur Zeit des Erwerbes der Gegenforderung schuldig „war" (vgl. Anfang dieser Anm.). — Vgl. ferner die Uebergangsbestimmung im E.G. § 10.

10) d. Ein durch **Universalsuccession** geschehener Erwerb der Forderung wird von der Bestimmung der Nr. 3 nicht getroffen, da sie auf den Erwerb durch ein Rechtsgeschäft

Digitized by Google

mit dem G.Schuldner oder durch Rechtsabtretung oder Befriedigung eines Gläubigers beschränkt ist; abw. von Nr. 2 Mot. 238.

11) e. Die **Kenntniß muß der Verwalter nachweisen,** welcher sie dem aufrechnenden Schuldner gegenüber behauptet. Der Schuldner hat zwar die Bedingungen der Zulässigkeit seiner Aufrechnung im Konkurse nachzuweisen. Dies thut er aber durch den Nachweis, daß Forderung und Schuld vor der K.Eröffnung entstanden sind. Will der Verwalter die hindernde Kenntniß entgegensetzen, so ist dies ein eigentlicher, von ihm zu beweisender Einwand oder eine Replik gegen die eingewendete Aufrechnung. Endemann S. 209. Entscheidend ist hierfür, daß hier nicht die Fassung gewählt ist, die für die K.O. sonst (§§ 30 Nr. 2, 31 Nr. 2, 40 Nr. 2) die regelmäßige und dem Wortausdrucke entsprechende ist, wenn dem Gegner die Beweislast auferlegt werden soll. In gleicher Weise ist die Beweislast in der R.K. aufgefaßt; ein Antrag, dieselbe durch die Fassung: „sofern er nicht beweist, daß ihm — nicht bekannt war" dem Gläubiger aufzulegen, ist abgelehnt. Prot. 45, 46. Auch den von ihm behaupteten Zeitpunkt einer Zahlungseinstellung vor der K.Eröffnung hat der Verwalter zu beweisen. Vorb. 6 vor § 29.

Die entsprechende Anwendung des **§ 33** hat die Bedeutung, daß die die Kenntniß von der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage der Aufrechnung nicht entgegensteht, wenn der Erwerb der aufzurechnenden Forderung mehr als sechs Monate vor der K.Eröffnung stattgefunden hat.

12) zu Nr. 3 Abs. 2. a. **Abs. 2** bestimmt eine Ausnahme für den Fall des § 55 Nr. 3 (ohne die Fälle zu Nr. 1 und 2 zu berühren). Die Ausnahme wird praktisch besonders in dem in Anm. 6 erwähnten Falle wichtig, wenn die Einlösung eines vom G. Schuldner zu zahlnden Wechsels erst später erlolgt war, die Verpflichtung dazu aber schon vor der Kenntniß der Zahlungseinstellung oder des Eröffnungsantrags entstanden war. Für diesen Fall ist gemäß der ausdrücklichen Vorschrift des Abs. 2 die Aufrechnung selbst dann zulässig, wenn man nicht schon in der Erwerbung und Begebung des Wechsels den Erwerb einer bedingten Forderung findet.

13) b. **Der aufrechnende Schuldner muß** zum Nachweise der Zulässigkeit der Aufrechnung **beweisen, daß er schon zur Zeit der K.Eröffnung zur Uebernahme oder zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet war.** Vgl. §§ 7, 15. Vorb. 2a vor § 53. Seine Unkenntniß von der Zahlungseinstellung oder vom Eröffnungsantrage braucht er nicht zu beweisen. Will der Verwalter die Kenntniß des Gläubigers behaupten, so muß er für diese Replik der Ausschließung des Aufrechnungseinwandes den Beweis führen, vgl. Anm. 11. Abweichend von § 30 Nr. 2 (Schluß) — vgl. Anm. 39 § 30 u. **RG.** 22. November 1886, J.W. 1887 S. 3 — ist hier dem Anfechtungsgegner der Beweis seiner Unkenntniß nicht auferlegt. A.M. Sarwey-Bossert Anm. 11, weil Abs. 2 eine Ausnahme von der unter Nr. 3 festgesetzten Unzulässigkeit ist; Jäger, Anm. 17; zweifelnd Endemann S. 209. Die Verpflichtung des Schuldners steht auf gleicher Linie mit dem im § 30 Nr. 2 erwähnten Anspruch eines Gläubigers auf eine gewisse Deckung oder Befriedigung; der Erwerb dieses Anspruchs fällt nicht unter § 30 Nr. 2, sondern unter § 30 Nr. 1, so daß die Anfechtung nur mit dem Nachweise der Kenntniß zu begründen ist.

§ 56. (49.)

Die Bestimmung des § 50 findet entsprechende Anwendung auf den Fall, daß ein im Auslande wohnender Schuldner nach dem Rechte des Auslandes eine nach § 55 unzulässige Aufrechnung mit der ihm abgetretenen Konkursforderung vornimmt.

E. I. 55.

1) Die Bedeutung des § 56 wird durch Anm. 1 zu § 50 erläutert. Dem § 50 sind nur die Fälle zu § 55 Nr. 2, 3 (nicht Nr. 1) analog. Fuchs S. 88. Vgl. ferner die Uebergangsbestimmung im E.G. § 10. — Wegen des bei Beurtheilung der Aufrechnung im Inlande anwendbaren örtlichen Rechts vgl. Vorb. 9 vor § 53; **RG. 26,** 67.

Digitized by Google

Siebenter Titel.
Massegläubiger.

1. Begriff der Massegläubiger.
2. Schuldner der Massegläubiger ist der G.Schuldner.
3. Können Massegläubiger während des K.Verfahrens den G. Schuldner persönlich außerhalb des K. in Anspruch nehmen?
4. G.Schuldner als Massegläubiger.

1) Durch die im Interesse aller Betheiligten erfolgende Beschaffung, Verwaltung, Verwerthung und Vertheilung der Masse und durch das hierzu nöthige Verfahren entstehen Kosten und Verbindlichkeiten (Massekosten und Masseschulden), deren Befriedigung aus der Masse sich die K.Gläubiger wegen des der Entstehung zu Grunde liegenden gemeinschaftlichen Zwecks vor ihrer eigenen Befriedigung gefallen lassen müssen. Die Gläubiger solcher Forderungen an die Masse nennt die K.O., Massekosten und Masseschulden zusammenfassend, **„Massegläubiger"** (vgl. Ueberschrift des Tit. 7, ferner § 60 u. Prot. 49); die Ansprüche selbst in gleicher Gesammtbedeutung „Masseansprüche" (vgl. §§ 133, 172, 191).

2) Die K.Masse bleibt Eigenthum des G.Schuldners und wird in seiner Vertretung verwaltet, § 6. Die **Massegläubiger** sind daher **Gläubiger der G.Schuldners**; dieser ist der Schuldner. Zu den K.Gläubigern dagegen stehen die Massegläubiger nicht im Verhältnisse eines Gläubigers zu seinem Schuldner. Eine Succession der K.Gläubiger in die Eigenthums- und Verfügungsrechte findet nicht statt. Vorb. 2 vor § 1. Die K.Gläubiger brauchen also auch die Forderungen der Massegläubiger nicht persönlich zu decken. Auch der Verwalter haftet dafür nicht persönlich, da er nicht für sich und in eigenem Namen, sondern nur in gesetzlicher Vertretung des G.Schuldners handelt. Die Ansprüche der Massegläubiger entstehen gegen den G.Schuldner erst nach der K.Eröffnung, und zwar zu dem Zwecke, um im Interesse der K.Gläubiger die Sonderung des K.Vermögens und die Befriedigung der K.Gläubiger daraus zu bewirken, und deshalb müssen die K.Gläubiger die Verminderung der Masse durch jene Ansprüche als verbindlich anerkennen. Die Ansprüche sind daher aus der K.Masse zu befriedigen vor und unabhängig von der Befriedigung der K.Gläubiger, die die K.Masse nur deducto aere alieno zur gemeinsamen Befriedigung beanspruchen können. Mot. 239, 240. Der G.Schuldner bleibt aber vor, während und nach dem Konkurse dasselbe Rechtssubjekt des Aktiv- und Passivvermögens, das die Masse bildet, und ist fortwährend Träger der Verbindlichkeiten und Rechte, mit der Verpflichtung, als verbindlich für sich anzuerkennen, was während des Konkurses gesetzlich für ihn geschehen ist, § 6. Strieth. **54**, 291. Was sein Vertreter thut, „hat verbindliche Kraft für den G.Schuldner auch über die Dauer der Verwaltung hinaus". **RG.** 2, 24. Der G.Schuldner ist für die Masseschulden den Massegläubigern persönlich verpflichtet. Er haftet ihnen für den aus der K.Masse erwachsenden Ausfall, mag die K. Masse an sich unzureichend oder ohne Berücksichtigung von Masseansprüchen vertheilt sein. So auch Hagens in der R.K. Prot. 109; Dernburg 2, § 117 Anm. 27; Mandry-Geib, § 28 Anm. 39 S. 353; Endemann S. 359; Petersen-Kleinfeller Vorb. 2; Fitting § 14 zu I., § 25 Anm. 15; Stieglitz, Vorb. vor § 50; Wolff bei Seuff. 22, 207 ff.; Jaeger, Anm. 1 zu § 57. Abw. Schultze S. 46, 47 (vgl. dagegen Anm. 6 zu § 6 a. Ende) und Völderndorff I, 591 ff., 596 ff. (Haftung des G.Schuldners, durch sein Verschulden oder sein Interesse betreffs des Rechtssubjekts der Masse als Zweckvermögens begrenzt, vgl. Vorb. 3 vor § 1); L. Seuffert, Gesetz und Dogmen S. 166 ff., 171 und Kohler S. 384, 509 (die Gläubigerschaft sei Schuldnerin, aber nur mit der K.Masse haftend); Sarwey-Bossert, Vorb. vor § 57 (der Verwalter sei zu Akten, welche über die K.Masse hinausreichen und das konkursfreie Vermögen betreffen, nicht legitimirt).

3) **Die Frage, ob die Massegläubiger schon während des K. ihre Ansprüche gegen den G.Schuldner außerhalb des K. verfolgen können,** ist gleichfalls aus der rechtlichen Sonderung der K.Masse aus dem Vermögen des Schuldners zu beantworten. Die §§ 12, 14, die nur die Ansprüche von K.Gläubigern betreffen, stehen einer solchen Verfolgung nicht entgegen. Auch bestimmt § 57 nur das Verhältniß der Massegläubiger zur K.Masse und

Digitized by Google

zu den K.Gläubigern, ohne das Verhältniß zum G.Schuldner zu berühren. Aber die Sonderung der Vermögensmassen schließt es aus, daß die aus der Verwerthung der K. Masse oder mit Bezug auf diese entstandenen Verbindlichkeiten vor der Wiedereinsetzung des G.Schuldners in die Verwaltung seines gnnzen Vermögens, also vor der Aufhebung des K., gegen den G.Schuldner geltend gemacht werden können. Das muß auch für die bereits zur Zeit der K.Eröffnung bestehenden Verbindlichkeiten gelten, die nach § 59 Z. 2 als Masseschulden aus zweiseitigen Verträgen geltend gemacht werden können. Geht die Gegenleistung nicht an den G.Schuldner, sondern an die K.Masse, so ist der G.Schuldner auch nicht zu der von der Gegenleistung abhängigen Leistung heranzuziehen. Vgl. Fitting, § 14 Abs. 2. A.M. Jaeger, Anm. 3 zu § 57, wenigstens für die § 59 Z. 2 bezeichneten Masseschulden, und Wolff a. a. O. § 213.

4) Der **G.Schuldner** kann insbesondere hinsichtlich seiner Ansprüche auf das nicht zur K.Masse gehörige Vermögen nach § 59 Nr. 3 (Anm. 23 zu § 1), aus einer bewilligten Unterstützung nach §§ 58 Nr. 3, 132, und aus einer Veranlassung zur Dienstleistung seitens des Verwalters (Dienstmiethe, § 59 Nr. 1) **Massegläubiger** sein. Sofern der G. Schuldner Massegläubiger ist und als solcher dem K.Verwalter gegenübertritt, beruht ihre Stellung auf der gesetzlichen Sonderung des K.Vermögens, das gesetzlich der Vertretung durch den Verwalter unterliegt, und des konkursfreien Vermögens und dem Rechtsschutze, der dem G.Schuldner für seine konkursfreie Rechtsstellung gebührt. Vgl. Vorb. 3 i vor § 1. Begrifflich kann freilich der G.Schuldner weder sein eigener Gläubiger oder Schuldner sein, noch gegen sich selbst prozessiren, noch mit sich kontrahiren. Da indeß das Gesetz behufs der erforderlichen Objektivität dem Verwalter die Funktion ertheilt, den G.Schuldner als einen seinen Gläubigern dem K.Zwecke gesetzlich gerecht werdenden Vermögensinhaber hinsichtlich der K.Masse zu vertreten, und im Uebrigen den G.-Schuldner als selbständiges Rechtssubjekt behandelt, so sind die Verschiedenheit der Vertretung und die Möglichkeit und Nothwendigkeit des Rechtsschutzes für und gegen die verschiedenen Vertreter der gespaltenen Beziehungen desselben Rechtssubjekts als Folgen der gesetzlichen Konstruktion der Rechtsstellungen hinzunehmen. Vgl. die Analogie des peculium bei Mandry-Geib, 1 28 Anm. 39 und Fitting. § 4 Anm. 18, § 24 zu IV. Anm. 23, 26, § 25 Anm. 15 und die weniger glückliche, auch nicht die gesammte Stellung umfassende Zurückführung auf ein Vertragsverhältniß zwischen Verwalter und G.Schuldner bei Stieglitz, Vorb. vor § 50, Note b.

---

§ 57. (50.)

Aus der Konkursmasse sind die Massekosten und Masseschulden vorweg zu berichtigen.

E. I. 56. P. 40.

1. Verhältniß der Massegläubiger zu den Aussonderungs- und Absonderungsberechtigten.
2. Kosten und Schulden, die in Beziehung auf eine Sondermasse außerhalb des K.Verfahrens entstehen.
3. Verfahren zur Befriedigung der Massegläubiger.

1) Die Berichtigung „aus der K.Masse" bedeutet hier (abweichend von § 43) aus der Masse, wie sie sich als Soll-Konkurs-Masse nach Abzug der nicht dazu gehörigen Aussonderungsgegenstände darstellt; die **Aussonderungsberechtigten** gehen den Massegläubigern noch vor, weil sie berechtigt sind, herauszunehmen, was nicht zur Masse gehört. Oetker Verfolg.R. S. 78; Hellwig im civ. Arch. 68, 236, 244 ff. Auch die Ansprüche der **Absonderungsberechtigten** sind **vor den Massegläubigern zu befriedigen.** RG. 18. März 1890, JW. 151.

2) Die K.O. kennt abweichend von E. I und P. keine Sondermassen im Konkurse, sondern nur eine K.Masse. Aus derselben sind die Kosten und Schulden zu entnehmen, ohne Rücksicht, ob und wie sie die einzelnen Gegenstände betreffen, auch ob sie solche Gegenstände betreffen, hinsichtlich deren Absonderungsrechte geltend gemacht werden können oder gemacht werden. Voraussetzung ist nur, daß die Ansprüche die Masse nach

Digitized by Google

§§ 58, 59 belasten. Da die Ausübung des Absonderungsrechts unabhängig vom K.Verfahren und außerhalb desselben erfolgt, so kann dadurch die Anlegung einer **Sondermasse außerhalb des K.Verfahrens** veranlaßt werden, etwa behufs der noch vorzunehmenden oder streitigen Vertheilung. Aus einer solchen sind die in Beziehung auf sie entstandenen Kosten und Schulden einzuziehen (vgl. § 10 Z. 1 des R.Ges. über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 24. März 1897), sie können aber im Falle ihrer Unzulänglichkeit ohne einen Grund aus §§ 58, 59 der K.Masse nicht aufgebürdet werden. Hat der Verwalter ein Absonderungsverfahren veranlaßt, so folgt die Belastung der K.Masse mit den dadurch verursachten Kosten aus § 59 Nr. 1. Mot. 240—242.

3) Das **Verfahren zur Befriedigung der Masseansprüche** steht außerhalb des K. Verfahrens. Es ist, wie das bei Aus- und Absonderungsansprüchen, gegen den Verwalter zu richten, § 5; für diesen selbst und für die Auslagen und Gebühren der Mitglieder des Gläubigerausschusses durch Festsetzung des K.Gerichts zu erledigen, §§ 85, 91; sonst in Ermangelung gütlicher Erledigung im Prozeßwege gegen den Verwalter. Der Massegläubiger ist nicht K.Gläubiger und hat nicht wie dieser anzumelden und prüfen zu lassen. Sobald sein Anspruch fällig ist, worüber die allgemeinen Rechtsgrundsätze entscheiden, kann er den Anspruch geltend machen. Wegen der Genehmigung des Gläubigerausschusses vgl. § 133 Nr. 2; wegen der Präklusion der Massegläubiger vgl. § 172. Für eigenes Verschulden bei Nichtberücksichtigung von Masseschulden haftet der Verwalter persönlich, Anm. zu §§ 82, 172. Bei dem Andringen eines Massegläubigers und bei Zwangsvollstreckungen für einen solchen einen Betrag für andere Massegläubiger oder für seine eigenen künftigen Auslagen zurückzubehalten, ist der Verwalter, abgesehen von der Anwendbarkeit des § 60, nicht befugt.

§ 58. (51.)

Massekosten sind:

1. die gerichtlichen Kosten für das gemeinschaftliche Verfahren;
2. die Ausgaben für die Verwaltung, Verwerthung und Vertheilung der Masse;
3. die dem Gemeinschuldner und dessen Familie bewilligte Unterstützung.

E. I 57. P. 41.

1. Unterscheidung der Massekosten
   a. von Masseschulden;
   b. von besonderen Kosten.
2. a. Zahlung von Massekosten durch Dritte;
   b. Zahlung von Massekosten und Masseschulden durch den Verwalter aus seinen Mitteln.
3. Gerichtskosten.
4. Verwaltungskosten.
5. Unterstützung des G.Schuldners.

1) a. Die **Massekosten** werden in den Mot. 242, 244, 249 als der zur Durchführung des Befriedigungsverfahrens sachlich nothwendige Aufwand definirt, und im Gegensatze dazu die **Masseschulden** als gewissermaßen fremde, aus der vorgefundenen Masse auszuscheidende Bestandtheile, nach deren Ausscheiden sich die Nettomasse ergebe, die allein den Gegenstand des Verfahrens bilde, als Ansprüche, die stets eine obligatorische Verbindlichkeit voraussetzten und, auch ohne sachlich nothwendiger Kostenaufwand zu sein, von Wirksamkeit gegenüber der Masse seien. Die Bezeichnung ist hinsichtlich der §§ 58 Nr. 2, 59 Nr. 1 weder ganz zutreffend, noch ist eine absolut scharfe Sonderung nach den Vorschriften möglich. In vielen Fällen wird ein Verwaltungsakt des Verwalters (§ 59 Nr. 1) vorangehen, um einen sachlich nöthigen Kostenaufwand im Sinne des § 58 Nr. 2 zu begründen. Nach dem Inhalte der §§ 58—60 sind am zutreffendsten zu den Massekosten alle für und durch das K.Verfahren direkt verursachten sachlichen Aufwendungen zu rechnen, ohne Rücksicht, ob sie durch Handlungen des Verwalters veranlaßt sind oder ob sie schon (durch den K.Verwalter — Anm. 2b — oder andere Verwaltungsorgane. bezahlt sind oder nicht (Kohler S. 383: interne Schulden, betreffend das Verhältniß des Konkurses zu seinen Organen, zum Cridar, zum Staat, zur Gemeinde, zu öffentlichen Anstalten); zu den Masseschulden alle anderen Masseansprüche, welche nicht unmittelbare

Digitized by Google

Aufwendungen zur Erledigung des Verfahrens sind und den Voraussetzungen des § 59 entsprechen. (Kohler: Schulden aus dem Verkehr der Außenwelt). Ist eine Masseschuld gleichzeitig auch als Massekostenschuld aufzufassen, so kann dieserhalb nicht etwa bei Anwendung des § 60 ihre Qualität als Masseschuld bestritten werden, sie geht vielmehr den Massekosten vor.

b. **Zu den Massekosten gehören nicht** die folgenden **besonderen Kosten**: die Kosten eines, nicht für das K.Verfahren (§ 59 Nr. 1), sondern behufs dessen Beseitigung vom G.Schuldner veranlaßten, Akkordverfahrens. §§ 173 ff.; auch nicht die Kosten, die den einzelnen Gläubigern durch ihre Theilnahme entstehen, § 63 Nr. 2. Die Kosten eines besonderen Prozesses zur Feststellung streitiger K.Forderungen, § 146, fallen dem unterliegenden Theile zur Last, C.P.O. § 91. Beim Unterliegen des Verwalters trägt sie die Masse als Masseschuld, § 59 Nr. 1. — Dernburg 2, § 117 zu Anm. 29 rechnet die Kosten des Akkordverfahrens in allen Fällen zu den gemeinschaftlichen Massekosten, desgl. Sarwey-Bossert, Anm. 3 § 185; Völderndorff 1, 600; Jaeger, Anm. 3. Indeß das Zwangsvergleichsverfahren erfolgt nur auf den ohne gemeinsames Interesse möglichen Antrag des G.Schuldners, welcher gerade im Falle der Verwerfung sich als nicht für das allgemeine Interesse gerechtfertigt zeigt. Anm. zu § 193. Er hat sie in allen Fällen zu tragen. Vgl. Fitting, § 14 Nr. 5; Petersen-Kleinfeller Anm. II. 3.

2) a. **Hat** ein **Dritter** aus seinen Mitteln **Massekosten bezahlt**, so erwirbt er zwar nach den Vorschriften des neuen Rechtes nicht wie nach Preuß. Landrecht I. 16 § 46 ohne Weiteres das Recht des befriedigten Gläubigers, er kann aber gleichwohl auch nach neuem Rechte mit oder ohne Abtretung seine Ersatzforderung gegen die Masse als Masseanspruch geltend machen. Im Falle der Abtretung folgt dies zwar nicht aus B.G.B. § 401 Abs. 2, denn das Recht, gemäß §§ 57, 58 Befriedigung zu verlangen, ist kein „für den Fall" des Konkurses mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht, wohl aber aus § 398 Satz 2, da das Recht, vor den K.Gläubigern Befriedigung zu verlangen, ein mit der Forderung von vornherein immanent und untrennbar verbundenes Recht ist, ohne das in Folge des Grundes der Forderung und des Zwecks der sie begründenden Leistung die Forderung selbst nicht bestände. Ist eine Abtretung nicht erfolgt, so steht dem Dritten aus seiner Zahlung ein Anspruch aus § 59 Z. 3 zu. Daraus ist aber für den Fall des § 60 nicht zu folgern, daß dieser Anspruch in Höhe des gezahlten Betrages den Massekosten als Masseschuld voranginge, vielmehr kann der Dritte nicht mehr aus der Masse verlangen, als der befriedigte Massegläubiger ohne die Befriedigung durch den Dritten erhalten hätte, denn nur insoweit ist die Masse durch die Zahlung bereichert (vgl. Wolff, Anm. 5 zu § 57). Genehmigt der K.Verwalter die Zahlung des Dritten, so kann dieser den gezahlten Betrag gemäß § 59 Z. 1 erstattet verlangen. — Vgl. auch B.G.B. § 684 Satz 2. — Im Falle des § 683 a. a. O. hat der Dritte gemäß § 59 Z. 1 einen Masseschuldanspruch auf Erstattung des gezahlten Betrages.

b. Hat der K.Verwalter aus den Mitteln der Masse Massekosten bezahlt, so ist die Aktivmasse um den gezahlten Betrag verringert, und kommt nur die dann noch verbleibende Masse für den Fall des § 60 in Betracht (vgl. Anm. 1 zu § 60). **Hat der K.-Verwalter aus seinen Mitteln** bereits entstandene **Massekosten bezahlt**, so kann er Erstattung des Betrages verlangen, den der Massekostengläubiger ohne diese Zahlung erhalten hätte (vgl. Anm. 1 u. 2 zu a dieser Anm.). Hat er **Masseschulden** aus seinem Vermögen bezahlt, so kann nicht — wie Fuchs S. 70, 71; Stieglitz, Anm. 1 zu § 52; Völderndorff 1, 605; Seuffert, § 40 Anm. 13, unter Berufung auf § 58 Z. 2 wollen — sein Erstattungsanspruch gegenüber der Masse nur als Massekostenanspruch in Betracht kommen, so daß er im Falle des § 60 erst hinter den Masseschulden zur Befriedigung käme. Zwar kann man nicht annehmen, daß der Verwalter durch derartige Auslagen bereits über die Masse verfüge und sie insoweit verringere (wie dies in den bisherigen Auflagen vertreten wurde), auch nicht, daß der Verwalter gemäß § 683 B.G.B. als Geschäftsführer wie ein — von sich selbst als Verwalter (?) — Beauftragter Erstattung seiner Auslagen verlangen dürfe (vgl. zu diesen Ansichten insbes.

Digitized by Google

Jaeger, Anm. 6; Eccius bei Rass.K. 33, 741—743; Petersen-Kleinfeller, Anm. I. 2). Wenn der Verwalter aus eigenen Mitteln Masseschulden zahlt, „verfügt" er über seine Mittel, nicht über die der K.Masse; der Anwendbarkeit der §§ 683, 684 Satz 2 B.G.B. aber steht § 181 a. a. O. entgegen, wonach ein Auftrag, den der K.Verwalter sich selbst als einem Dritten ertheilen könnte, ausgeschlossen ist. Es muß aber, falls nicht schon der K.Verwalter sich den Anspruch des befriedigten Massegläubigers hat abtreten lassen (§ 398 Satz 2; vgl. auch darüber oben zu a) oder sonst nach besonderen Vorschriften des bürgerlichen Rechts an seine Stelle tritt, angenommen werden, daß der Verwalter gemäß § 59 Z. 3 seinen Erstattungsanspruch als Masseschuld geltend machen kann (§ 60). Vgl. Sarwey-Bossert, Anm. 1 zu § 59 und Wolff, Anm. 5 zu § 57. — In Wirklichkeit wird der Verwalter allerdings die von ihm gezahlten Beträge unbeanstandet aus der Masse entnehmen.

3) Zu Nr. 1. Zum Begriffe der Massekosten der Nr. 1 (sog. sumtus processus, d. h. des Verfahrens) ist erforderlich, daß die Kosten a. gerichtliche, b. das gemeinschaftliche Verfahren betreffende und zwar c. für dasselbe entstanden sind. Dazu gehören die durch die K.Verwaltungs-Organe: Verwalter, Gläubiger-Ausschuß, Gläubiger-Versammlung oder durch das K.Gericht, soweit es von Amtswegen thätig sein muß, veranlaßten Gerichtskosten für das K.Verfahren, für Ermittelung, Sicherung und Verwerthung der Aktivmasse, Haft des G.Schuldners, offenen Arrest, Eintragung von Sperrvermerken, Inventar, Kosten des gemeinschaftlichen Verfahrens zur Feststellung der Passivmasse, Vertheilung, Beendigung des Verfahrens und die Kosten der allgemeinen Termine (Mot. 243); insbesondere die jene Akte betreffenden K.Gerichts-Auslagen des § 79 G.K.G. und die Gebühren der §§ 51, 55, 58 Abs. 1 das. (unbeschadet der Haftung der Sondermasse für § 55), sowie die den Verwalter treffenden Kosten der Beschwerde nach § 57; dagegen nicht: die durch die Anträge einzelner Betheiligter erwachsenden Auslagen und Gebühren der §§ 53, 54, 58 Abs. 2 und die nicht den Verwalter treffenden Beschwerdekosten des § 57 des G.K.G. Das noch unbezahlte Honorar des Verwalters kann (gegen Eccius, Rass.K. 33, 744; 34 152) nicht nach § 79 G.K.G. zu den Gerichtskosten des § 58 Nr. 1 gerechnet werden, weil er „Beamter" sei und als solcher einen Anspruch an die Staatskasse gemäß § 79 G.K.G. habe. Nach seiner gesammten Rechtstellung wird er durch die Bestellung seitens des Gerichts so wenig wie ein Vormund ein Organ staatlicher Verwaltung. Die Unzuträglichkeit eines zu befürchtenden Ausfalls für das Honorar kann, sofern die Masse überhaupt entsprechende Mittel hat, nur dadurch vermieden oder gemildert werden, daß dem Verwalter schon vor einer Insuffizienz der Masse Zahlungen auf sein Honorar geleistet werden. Vgl. Anm. 2 u. 4.

Die gerichtlichen Kosten des K.Eröffnungsverfahrens gehören den vorgedachten Erfordernissen entsprechend, im Falle der Eröffnung zu den Massekosten des § 58 Nr. 1, wenngleich erst die Eröffnung selbst den Begriff bedingt und schafft. Mot. 331. — Der K.Eröffnungs-Beschluß ist die Entscheidung, durch die der G.Schuldner im Sinne des § 86 G.K.G. als Schuldner der allgemeinen Kosten des K.Verfahrens erklärt wird. Mit der K.Eröffnung entsteht die Masseverpflichtung als Verpflichtung des G.Schuldners hinsichtlich der K.Masse zur Zahlung der allgemeinen Kosten, vgl. §§ 86, 92 G.K.G. Gläubiger der Forderung ist in der Regel die Staatskasse. Wenn indeß ein Gläubiger die K.Eröffnung beantragt, und deshalb nach §§ 82, 86 G.K.G. einen Gebührenvorschuß zahlen muß, so ist mit der K.Eröffnung der Vorschuß auf die Konkursgebühr zu verrechnen und zu den Massekosten (§ 58 Nr. 1) zu zählen. Die nach §§ 57, 58 begründete Verpflichtung der Masse zur Zahlung der Kosten wird aber nach § 52 G.K.G. durch die Vorschußpflicht des Antragstellers (§§ 82, 86, 90 G.K.G.) nicht berührt; die Masse wird durch den Umstand, daß der Vorschuß schon vorher gezahlt ist oder auch nach der K.Eröffnung noch vom Antragsteller verlangt werden kann oder beigetrieben wird, von ihrer Verpflichtung aus §§ 57, 58 Nr. 1 nicht befreit. Der Gläubiger hat also einen (durch die K.-Eröffnung und seine Zahlung bedingten) Masseanspruch und wird mit der K.Eröffnung Massegläubiger. Mot. 331. Petersen-Kleinfeller, Anm. II. 3. Vgl. wegen anderer, nicht „gerichtlicher" Kosten des Antragstellers Anm. 1 zu § 103. Der G.Schuldner, der die Er-

Digitized by Google

öffnung beantragt, ist vorschußpflichtig, ist aber während des Konkurses nicht verpflichtet, zu zahlen, kann auch nichts erstattet verlangen, da das ganze zur Zeit der K.Eröffnung vorhandene Vermögen zur K.Masse gehört (vgl. Vorb. 2 vor § 57). Ein Dritter, der für ihn vor der K.Eröffnung zahlt, hat daraus vielleicht einen Anspruch gegen ihn und ist dann K.Gläubiger.

4) Zu Nr. 2. Nr. 2 betrifft die außergerichtlichen **Verwaltungskosten**, sumtus oeconomici. Dernburg 2, § 117 Nr. 3; Koch, zu P. 41. Einbegriffen sind alle, mit Rücksicht auf die thatsächliche Ausübung des Verwaltungs- und Verwerthungsrechts gesetzlich begründeten, Ausgaben für Verwaltung, Verwerthung und Vertheilung. Darunter gehören die eigentlichen Verwaltungs- und Bewirthschaftungskosten (Arbeitslöhne, Miethschulden ꝛc.) für Gegenstände der K.Masse; die Gebühren und Auslagen des K.Verwalters und der Mitglieder des Gläubiger-Ausschusses (vgl. Anm. zu § 85); die Kosten für Prozesse der Masse, soweit sie dem Verwalter zur Last fallen; die aus den Absonderungsgegenständen nicht gedeckten Kosten des vom Verwalter betriebenen Absonderungs-Verfahrens (Zwangsverwaltung, Zwangsversteigerung). Ferner „die auf den K.Grundstücken haftenden öffentlichen und gemeinen Abgaben und dingliche Lasten, sofern sie Leistungen für die Zeit des Verfahrens betreffen; denn wenn auch der G.Schuldner nicht persönlich für sie verpflichtet ist, so läßt sich ohne sie der belastete Vermögenstheil nicht benutzen und verwerthen", Mot. 243; aus gleichem Grunde auch die Einquartierungslast des Grundstücks, Strieth. 81, 175; Beiträge eines Gewerken zur Gewerkschaftskasse für die Bergwerksverwaltung, soweit sie für den Betrieb nach der K.Eröffnung erforderlich sind und verwendet werden, RG. 17, 174, 175. (Abw. erklärt Völderndorff 1, 602 die Abgaben für Masseschulden im Sinne des § 59 Nr. 1, weil der Verwalter die Grundstücke im Besitze behalte; vgl. dagegen Fitting, § 14 Anm. 13; Petersen-Kleinfeller, Anm. II. 5.) Vgl. Obtr. 71, 256 u. RG. 29. April 1882 in Wallmann, Zeitschr. f. preuß. R. 2, 776; sobald die Gegenstände des unbeweglichen Vermögens in Zwangsverwaltung kommen, sind die Abgaben und Lasten nur aus der Immobiliarmasse zu entnehmen. Persönliche Steuern des G. Schuldners gehören nicht zu Nr. 2, wohl aber Gewerbesteuern eines für die Masse fortgesetzten Gewerbebetriebs. Soll das Gewerbe des G.Schuldners nicht fortgesetzt werden, so hat es der Verwalter abzumelden, da die Entschließung über die Fortführung und Schließung des Geschäfts zu den Verwaltungsfunktionen gehört und der G.Schuldner darüber nicht zu bestimmen hat, §§ 129, 132; die Steuern, die in Folge der Unterlassung der Abmeldung nach § 33 preuß. Gewerbesteuergesetz v. 24. Juni 1891 zu zahlen sind, sind Ausgaben für die (fahrlässige, Anm. 2 zu § 59) Verwaltung der Masse. — Beiträge für die Socialversicherungen, die für die Zeit der Fortsetzung des Gewerbebetriebs seitens des K.Verwalters zu leisten sind, sind Massekosten; dagegen sind solche Beiträge, die für die Zeit vor der K.Eröffnung zu leisten sind, nicht Massekosten, sie begründen nur Konkursforderungen, RG. 30, 6. — Wegen des Verhältnisses zu den Masseschulden und wegen der Berichtigung der vom Verwalter bezahlten Masseschulden im Falle des § 60 vgl. Anm. 1 u. 2. — Vor der K.Eröffnung kann von einer Masse nicht die Rede sein. Für die Kosten, die ein Gläubiger zur Sicherung oder zum Besten der demnächstigen Masse vor der K.Eröffnung verwendet hat, hat er weder aus § 58 Nr. 2, noch sonst aus §§ 58, 59 einen Masseanspruch, sondern nur unter Umständen einen K.Anspruch aus der negotiorum gestio, oder aus § 62. Busch 7, 80. AM. Fitting S. 128, 289. Ueber das Recht des Verwalters, bezahlte Schulden und Kosten der Sondermassen zu liquidiren, vgl. Anm. 8 zu § 47 und Anm. 2b zu § 57.

5) Zu Nr. 3. **Unterstützung des G.Schuldners.** Vgl. §§ 202 Abs. 1, 132 Abs. 1. Wegen der nicht „bewilligten", sondern gesetzlich nach dem für das neue Recht aufgehobenen § 1 Abs. 2 zu gewährenden Mittel vgl. Anm. 27 zu § 1. Vergütungen für Dienstleistungen des G.Schuldners sind Masseschulden. Die Beerdigung eines G.Schuldners belastet rechtlich die Masse nicht. Mot. 244, 256, 257; Goltd. S. 183. Aus einer nach § 132 bewilligten „Unterstützung", deren Zweck und Umfang nicht begrenzt ist, die Beerdigungskosten bestreiten zu lassen, wird indeß nicht bedenklich sein.

Digitized by Google

§ 59. (52.)

Masseschulden sind:

1. die Ansprüche, welche aus Geschäften oder Handlungen des Konkursverwalters entstehen;
2. die Ansprüche aus zweiseitigen Verträgen, deren Erfüllung zur Konkursmasse verlangt wird oder für die Zeit nach Eröffnung des Verfahrens erfolgen muß;
3. die Ansprüche aus einer rechtlosen Bereicherung der Masse.

E. I. 58. P. 42—44.

1. Masseschulden als Forderungen gegenüber der K.-Verwaltung — Uebergang.
2. Geschäfte und Handlungen des Verwalters.
3. Erfüllung zweiseitiger Verträge auf Verlangen des Verwalters.
4. Erfüllung für die Zeit nach der K.Eröffnung.
5. Pachtverhältnisse.
6. Bereicherung der Masse — ohne Rechtsgrund — Aktivlegitimation.

1) Ueber die Unterscheidung zwischen Masseschulden und Massekosten vgl. Anm. 1 zu § 58. Die im § 59 unter Nr. 1, 2 und 3 aufgestellten Kategorien haben das Gemeinsame, daß eine **obligatorische Forderung** der Gläubiger der Masseschulden **gegenüber der K.Verwaltung** (auf Grund der Geschäftsführung oder der Fortsetzung des Obligationsverhältnisses seitens des Verwalters oder auf Grund seines rechtlosen Besitzes) zur Begründung **vorausgesetzt** ist. Hieraus und aus dem Einzel-Inhalte der 3 Klassen folgt, daß der Verwalter selbst und ebenso der Gläubiger-Ausschuß für sich nicht ursprüngliche Gläubiger eines Anspruchs aus § 59 sein können, sondern daß nur für einen Anderen außerhalb dieser Organe ein solcher Anspruch entstehen kann. Es können aber sowohl der K.Verwalter als die Mitglieder des Gläubigerausschusses auch ursprüngliche Massegläubiger werden, soweit sie — außerhalb ihrer Verwaltungssphäre — als Dritte auftreten konnten und aufgetreten sind. Der Begriff einer Masseschuld darf nicht über den Inhalt der bestimmten 3 Klassen auf andere obligatorische Ansprüche gegen die Verwaltung ausgedehnt werden, noch ist für den Begriff erheblich, ob die darunter fallende Forderung zugleich unter die Kosten des § 58 fallen kann. Eine Masseschuld ist allemal, aber auch nur dann vorhanden, wenn sie gemäß § 59 entstanden ist. Sie verliert andererseits ihren Charakter nicht, wenn sie **auf andere Rechtsnachfolger übergeht**. Ob dazu die Befriedigung durch einen Dritten genügt (vgl. B.G.B. §§ 268, 426 Abs. 2, 74 — Anm. 2a zu § 58) oder eine Abtretung nöthig wird, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden. Ueber den Fall, daß der K.Verwalter Masseschulden aus seinen Mitteln zahlt, vgl. Anm. 2b zu § 58.

2) Zu Nr. 1. Der Verwalter handelt als Vertreter des G.Schuldners. Rechtsverbindliche Ansprüche aus seinen Handlungen sind aus der K.Masse ebenso zu erfüllen, wie sie der G.Schuldner, wenn er selbst gehandelt hätte, aus seinem Vermögen erfüllen müßte. Aus der Masse sind daher auch Gewährleistungsansprüche für Veräußerungen und andere Rechtshandlungen des Verwalters zu befriedigen. Mot. 244. Vgl. auch Anm. 2 II. zu § 4. Eine Einschränkung erleidet der Grundsatz, wo, wie in §§ 26, 38, hinsichtlich der Folgen einer Handlung des Verwalters dem Gläubiger nur eine Konkursforderung zugestanden wird.

Unter die vorausgesetzten **„Geschäfte oder Handlungen des K.Verwalters"** fallen **nicht** nur alle zweiseitigen Rechtsgeschäfte, Verträge, Veranlassung von Dienstleistungen, Versteigerungen für die Masse u. s. w., sondern auch alle einseitigen Verwaltungshandlungen, Prozeßführung, Veranlassung von Zwangsvollstreckungen, Besitznahme u. s. w. Wer Geschäfte für den K.Verwalter ohne dessen Auftrag besorgt, kann in den Fällen des B.G.B. § 683 Ersatz seiner Aufwendungen „wie ein Beauftragter" des K.Verwalters, also gemäß Z. 1 fordern. Das Halten eines Thieres mit den im B.G.B. § 833 ausgesprochenen Folgen wird als Handlung des K.Verwalters i. S. des § 59 Nr. 1 gelten müssen (Jaeger, Anm. 3). Hinsichtlich der Kosten vgl. Anm. 1 § 62. Ob die Ansprüche unmittelbar oder

Digitized by Google

nur mittelbar aus den Geschäften oder Handlungen des Verwalters folgen, macht für die Anwendbarkeit des § 59 keinen Unterschied. Obtr. 19, 488. Nöthig ist jedoch, daß der Anspruch durch sie begründet wird, daraus „entsteht". In dieser Bedeutung gehören auch Unterlassungen (Versäumungen und Stillschweigen) zu den Handlungen. Anm. 5 zu § 6.

Vorausgesetzt sind Geschäfte oder Handlungen des „K.Verwalters". Er muß also als solcher, d. h. innerhalb der Befugnisse eines K.Verwalters gehandelt haben. Für ihn als gesetzlichen Vertreter des G.Schuldners ist das Gesetz seine Vollmacht. Sofern er außerhalb seiner gesetzlichen Vertretungs-Befugnisse, in Beziehungen, worin er nicht zu vertreten hat, handelt, verpflichtet er die Masse nicht, entsprechend einem seine Vollmacht überschreitenden Bevollmächtigten. Liegt aber die Handlung innerhalb seiner Vertretungsbefugniß, so ist seine Handlung auch dann für die Masse (Mot. 244: „dem K.Gläubiger gegenüber") verbindlich, wenn er das Interesse der Masse kulpos oder schlecht vertreten hat; auch die Entschädigungsforderuugen für seine rechtswidrig oder fahrlässig in Vertretung begangenen Handlungen sind Masseschulden. RG. 2, 269; 1. Dezbr. 1886, Kass.K. 31, 398; J.W. 1887 S. 14; Obtr. 20, 521, 522. R.O.H. 9, 165, 169. Die Haftung der Masse für die Masseschuld wird dadurch nicht beeinträchtigt, daß der Verwalter sich gegen den G.Schuldner oder die K.Gläubiger regreßpflichtig macht. § 82. Vgl. Vorbem. 3c vor § 1, Anm. 5 zu § 6; Sarwey-Bossert, Anm. 2; Völderndorff, Anm. b.

3) Zu Nr. 2a. Die Ansprüche auf die rückständige Leistung, die der G.Schuldner **aus solchen zweiseitigen Verträgen** noch zu leisten hatte, **deren Erfüllung der Verwalter** nach §§ 17, 20 Abs. 2 verlangt, sind Masseschuld. Verlangt der Verwalter die Erfüllung des anderen Theils gemäß § 17, so muß er auch seinerseits vollständig erfüllen, also auch für die Mängel der vom G.Schuldner schon gegebenen theilweisen Leistung, für Eviktion dieser Theilleistung u. s. w. aus der Masse haften. Vgl. B.G.B. §§ 362, 434, 459 preuß. A.L.R. I. 5 § 317; Anm. 7 zu § 17 gegen Mot. 245. Nur wenn der Fall des § 17 nicht vorliegt, also wenn bereits ein Theil vollständig erfüllt hat oder wenn der Verwalter die Erfüllung nicht verlangt, sind auch die Ansprüche wegen nicht geleisteter oder nicht gehöriger Erfüllung sowie wegen Sach- und Rechtsmängel im Falle des Kaufs u. s. w. lediglich K.Forderungen. Vgl. über die Frage, wann noch nicht oder theilweise erfüllt ist, Anm. 4 zu § 17 und im Widerspruch dazu RG. 32, 1.

4) Zu Nr. 2b. Die im § 59 Nr. 2 enthaltene zweite Klasse von Masseschulden (neben der in Anm. 3 erwähnten) betrifft die **Ansprüche aus solchen Verträgen, deren Erfüllung auch ohne das Verlangen des Verwalters gesetzlich nach der K.Eröffnung** (insbesondere gemäß §§ 19, 21, 22, 25) **noch eine Zeit lang fortzusetzen** ist. Hinsichtlich dieser Verträge sind die Ansprüche Masseschulden, soweit die Erfülluug „für die Zeit nach der K.Eröffnung erfolgen muß" (pro rata temporis); also ohne Rücksicht auf die Fälligkeit. Die Eigenschaft dieser Ansprüche als Masseschulden beruht darauf, daß solche Verträge nicht durch den Konkurs selbst aufgehoben, sondern für die Zeit nach der K.Eröffnung dem Verwalter gegenüber fortgesetzt werden. Anm. 3 zu § 21, Anm. 7 zu § 22. Das für diese Zeit zu gewährende Aequivalent soll deshalb dem Gläubiger aus der Masse gewährt werden. Voraussetzung ist, daß durch die nach dem Konkursrecht der K.Masse gegenüber nothwendige Erfüllung für die spätere Zeit Ansprüche bedingt sind. Auch für die unter Nr. 2 enthaltene zweite Klasse von Ansprüchen sind die Worte: „Erfüllung zur K.Masse" mit den Schlußworten: „für die Zeit nach Erfüllung des Verfahrens erfolgen muß" in Verbindung zu bringen. In diesem Maße sind Pacht- und Miethzinsen und Dienstlöhne für die spätere Zeit Masseschulden; desgleichen Ansprüche aus den durch den Konkurs nicht aufgelösten Gesellschafts-, Gemeinschafts- und anderen Verträgen (vgl. § 25), die nach deren Inhalt erst für die Zeit nach der K.Eröffnung zu erfüllen sind. Indeß bezieht sich Nr. 2 nur auf zweiseitige Verträge, nicht auf alle vom § 25 berührten Rechtsverhältnisse. Abw. Mot. 245. — Zu Nr. 2b gehören die Ansprüche aus den im § 22 bezeichneten Dienstverhältnissen auch soweit, als die Dienste der Person des G.Schuldners zu Gute kommen (vgl. Anm. 7 zu § 22), da die Verpflichtung hierzu nur von dem K.Verwalter, dessen Dispositionsrecht über das Verhältniß im § 22 voraus-

Digitized by Google

gesetzt wird, verfolgt werden kann (vgl. Anm. 3 zu § 19, die auch für § 22 gelten muß). Hiermit erledigen sich Jaegers Bedenken Anm. 9.

Aus der Beschränkung in Nr. 2 folgt, daß andere Ansprüche aus dieser zweiten Klasse von Verträgen nicht Masseschulden sind, auch wenn sie in der Zeit nach der K.Eröffnung erst fällig werden; sie bleiben K.Forderungen. Demnach gehören zu den Masseschulden nicht: Ansprüche, die für die Zeit vor der K.Eröffnung zu erfüllen waren, auch nicht eine Entschädigungsforderung für die vorzeitige Auflösung durch Kündigung (§ 19 Z. 3) oder Verkauf (§ 21). Anm. 9 zu § 19 und Anm. 6 zu § 21. Diese Entschädigungsforderung ist nicht, wie Nr. 2 voraussetzt, eine Forderung für die Erfüllung in späterer Zeit, sondern für die Nichterfüllung und ist durch § 26 von der Eigenschaft einer Masseschuld ausdrücklich ausgeschlossen.

5) Bei Anwendung der entwickelten Sätze (Anm. 4) auf **Pachtverhältnisse** ergiebt sich — abgesehen vom Zins (Anm. 4) — Folgendes: Die Rückforderung einer Kaution seitens des Pächters aus dem Konkurse des Verpächters ist ebenfalls kein Anspruch, der ein Aequivalent einer zur Masse erfolgenden Erfüllung des Pachtvertrags für die spätere Zeit betrifft. **RG.** 20. Febr. 1889, JW. 155; Strieth. 71, 329. Vgl. Anm. 10 zu § 26. Dasselbe gilt von den Ansprüchen des Pächters betreffs des Inventars im Konkurse des Verpächters. Doch wird im Fall des B.G.B. §§ 587 ff. der Pächter, soweit er seiner Verpflichtung gemäß während des Konkurses des Verpächters Anschaffungen und Verbesserungen macht und soweit ihm dadurch der in § 589 Abs. 3 bestimmte Erfolgsanspruch erwächst, diesen Anspruch als Masseschuld geltend machen können. Ueber das Absonderungsrecht für die Ansprüche des Pächters vgl. Anm. zu § 49 Nr. 2. — Die Ansprüche, die der Verpächter für Verschlechterungen und Inventariendefekte im Konkurse des Pächters gegen diesen hat, sind (gegen Obtr. 67, 73) mit dem Eintritt der Defekte oder Verschlechterungen entstanden. Wenngleich sie (in der Regel) bis zur Pacht-Beendigung vertagt und in dieser späteren Zeit erst geltend gemacht werden können, sind sie nicht Forderungen für diese spätere Zeit, d. h. dafür, daß der Verpächter den Pächter noch weiter nutzen lassen muß, sondern Ansprüche für die frühere Zeit ihrer Entstehung, nämlich dafür, daß der Pächter früher einen Zustand verursachte, welcher demnächst ein vertrags- oder rechtswidriges Ergebniß herbeiführte. Solche Ansprüche für die vor der K.Eröffnung entstandenen Defekte und Verschlechterungen sind daher nicht Masseansprüche; dagegen sind Masseansprüche die Ansprüche des Verpächters aus während des Konkurses vorgefallenen Verschlechterungen (§§ 548, 591, 594 B.G.B.) und Inventardefekten (§§ 586, 587—589 a. a. O.). — Seuffert S. 245; A.M. für den Fall der §§ 587 ff. Sarwey-Bossert, Anm. 5; vgl. auch Petersen-Kleinfeller, Anm. III. B). Um in solchen Fällen die Verdunkelung der Thatfrage zu vermeiden, mag der K.Verwalter des Pächters sofort nach der K.Eröffnung den Bestand feststellen lassen, § 124; obgleich in der Unterlassung nicht unbedingt eine stillschweigende Uebernahme der Defekte auf die Masse zu erkennen ist, was vielmehr ebenfalls Thatfrage bleibt. Hullmann, Anm. 4; Stieglitz, Anm. III Nr. 3. A.M. Völderndorff, Anm. d. — War dem Pächter — abweichend von den Bestimmungen der §§ 587 ff. B.G.B. — das Inventar vor der K.Eröffnung zu Eigenthum übertragen mit der Verpflichtung zur Rückgabe oder zum Werthersatz, so kann der Anspruch des Verpächters nur als K.Forderung in Betracht kommen, gleichgültig, ob die Verschlechterungen oder Defekte in die Zeit vor oder nach der K.Eröffnung fallen. Die für Inventariendefekte und Verschlechterungen oben aufgestellten Grundsätze gelten auch für den Fall, wenn der Pachtgegenstand nur mit Rechten Dritter belastet zurückgewährt werden kann. Die Masse hat nur für den Zustand, der zur Zeit der K.Eröffnung bestand, aufzukommen.

6) Zu Nr. 3. Erforderniſſe des Masseanspruchs unter Nr. 3 sind:

a. **Bereicherung der Masse**, d. h. Vermehrung der nach §§ 1, 2 mit der K.Eröffnung begründeten, zur damaligen Zeit (abgesehen von den auszuscheidenden Aussonderungs-Gegenständen) bestehenden Masse über den Umfang dieser Masse hinaus durch fremdes Gut. **RG.** 29, 1; § 818 B.G.B.; vgl. Anm. 14 zu § 37. Dadurch, daß schon der G.-

Digitized by Google

Schuldner oder die Vertreter seines Nachlasses vor der K.Eröffnung eine fremde Sache verkauft und deren Erlös erhalten hatten, ist die K.Masse nicht bereichert; Strieth 82, 228; Obtr. 66, 299; ebenso dadurch nicht, daß der G.Schuldner für eine angefochtene und zur Masse zurückgewährte Leistung die Gegenleistung erhalten hatte. Ueber die Anwendung in besonderen Fällen vgl. zu § 7 Abs. 2, § 8 Abs. 1, § 38.

b. Zugleich ist eine Bereicherung **ohne Rechtsgrund** nöthig. Der Anspruch auf eine Leistung, die (z. B. nach § 26) „aus der K.Masse" nicht verlangt werden kann, ist daher ausgeschlossen. Mot. 246. Dagegen ist eine grundlose Bereicherung vorhanden, wenn der K.Verwalter einen einem Absonderungsrecht unterliegenden Gegenstand veräußert und den Erlös zur Masse zieht, auch dann, wenn der Absonderungsberechtigte es unterlassen hatte, sein Recht geltend zu machen. Ebenso, wenn ein Gläubiger während des Konkurses in einem Vertheilungsverfahren gemäß §§ 872 ff. C.P.O. wegen Nichtanmeldung nicht berücksichtigt und der dadurch erzielte Ueberschuß zur Masse gezogen ist.

c) Der Gläubiger muß ferner zu seiner **Aktivlegitimation** nachweisen, daß die Masse auf seine Kosten etwas ohne rechtlichen Grund hat (§ 712 B.G.B.). Die sog. Bereicherungsklage der Wechs.O. Art. 83, die ebenfalls nur ein hinsichtlich des Umfanges beschränkter Anspruch aus dem Wechsel ist (R.O.H. 5, 358; 6, 381; 10, 44), wird begrifflich auch hierher gehören, sofern eine Bereicherung der Masse (vgl. zu a) und nicht bloß des G.Schuldners vorliegt. Auch der Anspruch des G.Schuldners auf die nach dem jetzt aufgehobenen Abs. 2 des § 1 ihm zugestandene Kompetenz aus dem ehemännlichen und väterlichen Nießbrauch gehört hierher. Anm. 27 zu § 1. Vgl. auch Anm. 3 zu § 47.

§ 60. (53.)

Sobald sich herausstellt, daß die Konkursmasse zur vollständigen Befriedigung aller Massegläubiger nicht ausreicht, tritt eine verhältnißmäßige Befriedigung derselben in der Weise ein, daß zunächst die Masseschulden, dann die Massekosten, von diesen zuerst die baaren Auslagen und zuletzt die dem Gemeinschuldner und dessen Familie bewilligte Unterstützung zu berichtigen sind.

E. I. 59. P. 45.

1. Rechtslage bis zur Zeit, in der sich Unzulänglichkeit herausstellt.
2. Feststellung dieser Zeit.
3. § 60 gilt nur, soweit Befriedigung noch aussteht.
4. Rangordnung.
5. Vertheilungsverfahren.
6. Nachdem sich Unzulänglichkeit herausgestellt, kein wirksamer Erwerb eines Vorrechts zuwider § 60.

1) **In der Zeit bis zur Feststellung einer solchen Unzulänglichkeit** kann jeder Massegläubiger unabhängig vom anderen sein Recht gegen den Verwalter und gegen die Masse durch Klage und Zwangsvollstreckung geltend machen. Jeder erhält durch seine Befriedigung nur das, was ihm gebührt, und es braucht deshalb, weil sich hernach zeigt, daß die Masse nicht ausreicht, um alle Massegläubiger zu befriedigen, nichts zurückgegeben zu werden. Durch die §§ 12, 14, 15 sind nur die K.Gläubiger beschränkt. Mot. 248, 249.

2) **Wann sich** die **Unzulänglichkeit** der Masse für die Massegläubiger **„herausstellt"**, d. h. thatsächlich erkennbar macht (durch Erklärung des Verwalters, Pfändung, Anzeige oder Nachweis Betheiligter), ist Thatfrage. Daß die **Feststellung** dieses Zeitpunkts der Entscheidung des K.Gerichts unterläge, ist nirgends bestimmt — auch in §§ 13, 204 (wie die bisher. Aufl. wollen) nicht. Vielmehr hat zunächst der K.Verwalter selbständig über die Frage, wann sich Unzulänglichkeit herausgestellt hat, zu befinden und im Streitfalle hat das Prozeßgericht auf Grund freier Beweiswürdigung (C.P.O. § 286) zu entscheiden. Maßgebend ist für die Feststellung nicht eine augenblickliche Ebbe in der Kasse der Verwaltung, sondern der Gesammtbestand der Masse unter Abrechnung der Ansprüche der Aus- und Absonderungsberechtigten, vgl. Anm. 1 zu § 53; RG. 18. März 1890, J.W. 151.

3) Der § 60 ist nur so anzuwenden, daß an der Vertheilung **nur die noch zu befriedigenden** Massegläubiger Theil nehmen; nur die künftige „vollständige Befriedigung" steht in Frage; für eine wenn auch nur theilweise bereits erfolgte ist ein Rückforderungs-

Digitized by Google

recht oder eine Anrechnung nicht bestimmt. Wegen der Stellung des Verwalters, der einen Massegläubiger schon befriedigt hat, vgl. Anm. 2 b zu § 58.

4) Für die nothwendig einheitliche **Rangordnung** ist das am Orte des Konkurses geltende Recht maßgebend. RG. 25. Nov. 1890, J.W. 1891 S. 10. — Das Vorrecht der Masseschulden ist in den Mot. 249 dadurch begründet, daß sie gewissermaßen „fremde Bestandtheile" der vorgefundenen Masse seien, welche zur Herstellung der Nettomasse ausgeschieden werden müßten; die Massekosten, der erforderliche Aufwand, um das lediglich die Nettomasse betreffende Verfahren durchzuführen, ruhten daher „gewissermaßen nur auf der Nettomasse und die fremden Ansprüche dürfen nicht dadurch verkürzt werden, daß ein Verfahren zum ausschließlichen Besten der K.Gläubiger Kosten verursacht". Ueber die dieser Absicht entsprechende Stellung solcher Masseschulden, die zugleich als Massekosten angesehen werden können, vgl. Anm. 1 zu § 58, Anm. 1 zu § 59. In jeder der Rangklassen:

a. Masseschulden;

b. Massekosten nach § 58 Nr. 1, 2, soweit sie in baaren Auslagen des Gläubigers bestehen;

c. Massekosten nach § 58 Nr. 1, 2, die nicht aus baaren Auslagen bestehen;

d. Unterstützung des G.Schuldners und seiner Familie, § 58 Nr. 3

tritt unter mehreren Berechtigten „verhältnißmäßige Befriedigung" pro rata der Ansprüche ein.

5) Für das **Verfahren der Vertheilung** selbst sind ebenso wie für die Feststellung der Unzulänglichkeit (Anm. 2) keine besonderen Vorschriften gegeben. Aus dem Verhältnisse des Verwalters als Besitzers der Masse, der zugleich in vollständiger Kenntniß aller thatsächlichen Grundlagen sein muß (in der Regel nur er allein), folgt, daß er sachgemäß den Plan zu entwerfen hat. Eine analoge Anwendung der für die Vertheilung unter K.Gläubigern gegebenen Vorschriften (wie Hullmann, Anm. 3, Wengler, Anm. 4, Stieglitz, Anm. III u. Fitting, § 14 III. wollen) ist weder vollständig durchführbar, noch mit Rücksicht auf die verschiedene Stellung der K.Gläubiger im Verfahren zweckentsprechend, noch nöthig; insbesondere sind die Formen gerichtlicher Schlußvertheilung und gerichtliche Genehmigung (§ 161) unnöthig. RG. 18. März 1890, J.W. 151; Petersen-Kleinfeller, Anm. 6; Sarwey-Bossert, Anm. 4 und Völderndorff zu e. Ein Streit darüber, ob ein Masseanspruch vorhanden ist und an welcher Stelle er befriedigt werden soll, ist (gegen Völderndorff) vor dem Prozeßgerichte zum Austrag zu bringen. Regelmäßig wird sich der Prozeß zwischen den mehreren Ansprüche erhebenden Massegläubigern abspielen, da der K.Verwalter — um sich gegen Regreß zu sichern — sich mit den ihm bekannten Betheiligten in Verbindung setzen und, soweit eine Einigung über den Vertheilungsplan nicht erfolgt, die Streitenden, allenfalls unter Hinterlegung (B.G.B. § 372 Satz 2) der streitigen Beträge, auf den Prozeßweg verweisen wird.

6) **Nach dem Herausstellen der Unzulänglichkeit („sobald") kann kein Massegläubiger ein dem § 60 widersprechendes Vorrecht durch Zahlung, Zwangsvollstreckung oder Arrest wirksam erlangen.** Mot. 249. Anderenfalls kann der Verwalter, dessen Funktion für die Verwaltung der Masse auch den Massegläubigern gegenüber bis nach der Vertheilung an alle Massegläubiger fortdauert, die dem § 60 widersprechende Leistung mit der condictio sine causa zurückfordern; Stieglitz, Anm. IV.; auch den verkürzten Gläubigern ist dies Recht, dessen Erfolg ihnen zu Gute kommen soll, einzuräumen, Sarwey-Bossert, Anm. 4; Fitting, § 14 zu III. Abw. Hullmann, Anm. 3; Völderndorff zu a Anm. 1 und Petersen-Kleinfeller, Anm. 4: nur dem Verwalter, weil das zuviel Bezahlte nicht aus dem Vermögen des verkürzten Gläubigers entnommen sei (?); Für die cond. ist es nicht erheblich, wer gezahlt hat, wenn nur das dem Kläger gebührende Vermögen dazu verwendet ist (B.G.B. § 812). Vgl. RG. 7, 163, 167; Obtr. 6, 399; 13, 111; 79, 156. — Hat der Verwalter selbst gegen § 60 gefehlt, so wird er persönlich den Benachtheiligten regreßpflichtig.

Digitized by Google

Achter Titel.
Konkursgläubiger.

1. K.O. auf Beseitigung der meisten Vorrechte gerichtet.
2. Inhalt des achten Titels.
3. Hypothekenbankgesetz §§ 35, 41, 42, 43, 52.
4. Ges. über die privaten Versicherungsunternehmungen §§ 61, 51.
5. Einf.Ges. § 17 Abs. 2.

1) Die Häufung von Vorrechten, welche zugleich der wesentliche Grund zur Verwickelung und Schwerfälligkeit des K.Verfahrens war, durch die dingliche Kraft der römischen Hypothek veranlaßt, und durch das Streben nach Billigkeits-Berücksichtigung genährt, führte zu einer kreditgefährdenden Unübersichtlichkeit und durch die naturgemäße Reaktion hiergegen zur allmählichen **Beseitigung der meisten Vorrechte**. Im Anschlusse an die preuß. K.O. v. 1855, in der schon die speziellen Pfand-, Hypotheken- und Vorzugsrechte auf die Geltendmachung abgesonderter Befriedigung verwiesen, die Generalhypotheken und die auf Vertrag beruhenden generellen Vorzugsrechte gänzlich beseitigt, und nur gesetzliche Generalprivilegien für die K.Masse beibehalten waren, beschränkt die K.O. noch weiter die Vorrechte. Vgl. Mot. 250, 251 und die Quellendarstellungen in Anlage I. II. III. zu den Mot. Die Mot. bemerken mit Recht: Die Vorrechte schädigen außer den Nachtheilen für das Verfahren den Kredit durch den Mangel an Uebersichtlichkeit der Verhältnisse und an Schutz vor unbekannten Verhältnissen; und zugleich die Gerechtigkeit, welche die gleiche Anerkennung und Rücksicht für alle gesetzlichen Forderungen heischt. Mot. 253. Vgl. auch Koch zu P. § 72. — Das praktisch wichtigste Vorrecht der Ehefrauen hat in der K.O. keine Aufnahme gefunden. Die Mot. heben mit Recht hervor, daß gerade das Vorrecht der Ehefrauen außer der Ungerechtigkeit am meisten den Kredit schädigt, Mißbrauch und Betrug fördert, zur Erbitterung gegen den G.Schuldner reizt, und daß die Beseitigung jedes Vorrechts der Ehefrauen eine nothwendige Ergänzung der Vorschriften über Anfechtung ist. Mot. 258 bis 262. Koch zu P. §§ 88 ff. Vgl. §§ E.G. §§ 12, 13. — In dem Berichte der Reichstagskommission wurde bemerkt: es „herrsche ein Einverständniß in der Kommission darüber, daß mit dem System der Vorrechte prinzipiell gebrochen werden müsse." Stenogr. Ber. v. 1876 I. S. 569. Vgl. Wengler S. 32. Ein Widerspruch im Reichstage erfolgte nicht. Dadurch ist die ohnehin für Ausnahmevorschriften angezeigte strikteste Auslegung der Privilegien als gesetzgeberisch gewollt geboten.

2) Der **achte Titel enthält** die Feststellung der Vorrechte, die Ausschließung einzelner Klassen von K.Forderungen (§§ 61—63), die Aufstellung der Grundsätze für die Behandlung der K.Forderungen der zugleich absonderungsberechtigten Gläubiger, der betagten, bedingten und der nicht auf eine bestimmte Geldforderung gerichteten K.Forderungen (§§ 64—70).

3) Ein besonders geartetes Vorrecht giebt das **Hypothekenbankgesetz** v. 13. Juli 1899 (R.G.Bl. S. 375 ff.) dem Pfandbriefgläubiger im Fall des Konkurses der Bank. Gem. § 35 Abs. 1 das. sollen „in Ansehung der Befriedigung aus den in das Hypothekenregister eingetragenen Hypotheken und Werthpapieren die Forderungen der Pfandbriefgläubiger den Forderungen aller anderen K.Gläubiger vorgehen. Das Gleiche gilt von Geld, das dem Treuhänder zur Deckung der Hypothekenpfandbriefe in Verwahrung gegeben ist. Die Pfandbriefgläubiger haben unter einander gleichen Rang". Für die Befriedigung der Pfandbriefgläubiger aus dem sonstigen Vermögen der Bank finden nach Abs. 2 a. a. O. die für die Absonderungsberechtigten geltenden §§ 64, 153, 155, 156 und des § 168 Nr. 3 der K.O. „entsprechende Anwendung". Hiermit ist ausdrücklich ausgesprochen, daß das Recht der Pfandbriefgläubiger kein Absonderungsrecht, sondern nur ein diesem verwandtes Recht ist, auf das die Vorschriften über die Absonderung nur soweit anwendbar sind, als sie besonders angezogen werden. Demgemäß trifft die Vorschrift der K.O. § 48 für das Vorrecht der Pfandbriefgläubiger nicht zu; vielmehr sind die §§ 62, 63 maßgebend, da die Pfandbriefgläubiger eben nur bevorrechtigte Konkurs-

Digitized by Google

gläubiger sind. (Ebenso Jäger Anm. 3 zu § 47.) Das Vorrecht dieser K.Gläubiger fällt nicht unter K.O. § 61, da es nicht die ganze K.Masse, sondern nur den in § 35 Abs. 1 des Hypothekenbankgesetzes bezeichneten Theil betrifft. — Ueber die Berechnung der auf die einzelnen Briefe fallenden Antheile vgl. Abs. 3, über die Deckung der Kosten einer Pfandbriefgläubigerversammlung Abs. 4 a. a. O. — Die erörterten Vorschriften des Hypothekenbankgesetzes finden in Ansehung bestimmter anderer Schuldverschreibungen, die die Bank ausgiebt, entsprechende Anwendung (§§ 35, 41, 42, 52 des Ges.). — Für jede der mehreren Kategorien von Schuldverschreibungen bilden die der Ausgabe zu Grunde liegenden Forderungen eine gesonderte Masse zur bevorzugten Befriedigung. — Nach § 17 Abs. 1 des E.G.K.O., wie er durch § 43 des Hypothekenbankgesetzes neu gebildet ist, bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über ein gleiches Vorrecht der Inhaber von Pfandbriefen anderer Kreditanstalten unberührt. Darin liegt auch die Ermächtigung zum Erlaß neuer Vorschrieften dieser Art.

4) Ein dem Vorrecht des Hypothekenbankges. § 35 ganz gleich geartetes Vorrecht giebt auch das **Ges. über die privaten Versicherungsunternehmungen** v. 12. Mai 1901 (R.G.Bl. S. 139 ff.) den Versicherten. Gem. § 61 des Ges. gehen nämlich im Falle des Betriebes einer Lebensversicherungsanstalt „in Ansehung der Befriedigung aus den in das Register der Bestände des Prämienreservefonds (§ 57 Abs. 3 das.) eingetragenen Gegenständen die Forderungen auf die rechnungsmäßige Prämienreserve insoweit, als für sie die Zuführung zu diesem Fonds vorgeschrieben ist (§ 57 Abs. 1 das.), den Forderungen aller übrigen Konkursgläubiger vor. Unter einander haben sie gleichen Rang. In Betreff des Anspruchs der Versicherten auf Befriedigung aus dem sonstigen Vermögen der Unternehmungen finden die für die Absonderungsberechtigten geltenden Vorschriften der §§ 64, 153, 155, 156 und des § 168 Nr. 3 der K.O. entsprechende Anwendung". Diese Bestimmungen sind auch für die Kranken- und Unfallversicherungsunternehmungen maßgebend, soweit sie Versicherungen nach Art der Lebensversicherung unter Zugrundelegung bestimmter Wahrscheinlichkeitstafeln betreiben, insbesondere die Versicherungen von Renten, Versicherungen mit Prämienrückgewähr oder sonstigen die Ansammlung von Prämienreserven erfordernden Versicherungen übernehmen (§§ 63, 12 das.). Bei Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit ist im § 51 a. a. O. eine besondere aus der Rechtsnatur des Vereins folgende Rangordnung vorgeschrieben: „Die Ansprüche auf Tilgung des Gründungsfonds stehen allen übrigen Konkursforderungen nach. Unter den letzteren werden die Ansprüche aus dem Versicherungsverhältnisse, soweit sie den zur Zeit der Konkurseröffnung dem Verein angehörenden oder den innerhalb des letzten Jahres vor der Konkurseröffnung ausgeschiedenen Mitgliedern zustehen, im Range nach den Ansprüchen der sonstigen Konkursgläubiger befriedigt."

5) Die Vorschrift des bisherigen § 17 N. 3 des E.G.K.O. gestattet landesgesetzliche Bestimmungen über die Begründung eines Vorrechts für die Inhaber von Schuldverschreibungen, die von Gemeinden oder anderen Verbänden, Korporationen, Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien oder Genossenschaften ausgegeben und in ein öffentliches Schuldenbuch eingetragen werden.

Durch § 43 des Hypothekenbankgesetzes vom 13. Juli 1899 ist diese Vorschrift dahin geändert, daß landesgesetzliche Vorschriften der angegebenen Art unberührt bleiben; dabei sind aber die Schuldverschreibungen als solche über ein Anlehen bezeichnet und als deren Aussteller die Körperschaften des öffentlichen Rechts, Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien, Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Genossenschaften aufgeführt worden (§ 17 Abs. 2 n. F. E.G.K.O.).

§ 61. (§ 54.)

Die Konkursforderungen werden nach folgender Rangordnung, bei gleichem Range nach Verhältniß ihrer Beträge, berichtigt:

1. die für das letzte Jahr vor der Eröffnung des Verfahrens oder dem

Digitized by Google

Ableben des Gemeinschuldners rückständigen Forderungen an Lohn, Kostgeld oder anderen Dienstbezügen der Personen, welche sich dem Gemeinschuldner für dessen Haushalt, Wirthschaftsbetrieb oder Erwerbsgeschäft zur Leistung von Diensten verdungen hatten;

2. die Forderungen der Reichskasse, der Staatskassen und der Gemeinden, sowie der Amts-, Kreis- und Provinzialverbände wegen öffentlicher Abgaben, welche im letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens fällig geworden sind oder nach § 65 als fällig gelten; es macht hierbei keinen Unterschied, ob der Steuererheber die Abgabe bereits vorschußweise zur Kasse entrichtet hat;
3. die Forderungen der Kirchen und Schulen, der öffentlichen Verbände und der öffentlichen, zur Annahme der Versicherung verpflichteten Feuerversicherungsanstalten wegen der nach Gesetz oder Verfassung zu entrichtenden Abgaben und Leistungen aus dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens;
4. die Forderungen der Aerzte, Wundärzte, Thierärzte, Apotheker, Hebammen und Krankenpfleger wegen Kur- und Pflegekosten aus dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens, insoweit der Betrag der Forderungen den Betrag der taxmäßigen Gebührnisse nicht übersteigt;
5. die Forderungen der Kinder, der Mündel und der Pflegebefohlenen des Gemeinschuldners in Ansehung ihres gesetzlich der Verwaltung desselben unterworfenen Vermögens; das Vorrecht steht ihnen nicht zu, wenn die Forderung nicht binnen zwei Jahren nach Beendigung der Vermögensverwaltung gerichtlich geltend gemacht und bis zur Eröffnung des Verfahrens verfolgt worden ist;
6. alle übrigen Konkursforderungen.

E. I. 60—63. P. 72—84.

1. Recht des Orts des K.Gerichts maßgebend; § 5.
2. § 61 zwingend.
3. Uebergang der Vorrechte.
4. Nr. 1. — a. Dienstvertrag für Haushalt, Wirthschaftsbetrieb, Erwerbsgeschäft.
5. b. Dienstbezüge.
6. c. Bezüge für das letzte Jahr vor K.Eröffnung oder Ableben des G.Schuldners.
7. d. Vorrecht auch für Krankenkassen, Invalidenversicherungskasse.
8. Nr. 2. — a. Begriff der öffentl. Abgaben.
9. b. Keine öffentl. Abgaben die vom Einzelnen für ihr besonderes Interesse zu gebenden Leistungen.
10. c. Gerichtskosten u. Gebühren anderer Behörden.
11. d. Betagte Abgabeforderungen.
12. e. Schlußsatz der Nr. 2.
13. f. Verhältniß zum Absonderungsrecht.
14. Nr. 3. — a. Kirchen.
15. b. Schulen.
16. c. öffentl. Verbände.
17. d. öffentl. Feuerversicherungsanstalten.
18. e. Abgaben und Leistungen der Nr. 3.
19. Nr. 4 — Kur- und Pflegekosten.
20. Nr. 5. — a. Grund der Bestimmung.
21. b. Kinder.
22. c. Mündel, Pflegebefohlene.
23. d. Gesetzl. Vermögensverwaltung.
24. e. Forderungen in Ansehung des Vermögens.
25. f. Bedeutung der Frist.
26. g. Beginn der Frist.

1) Auf die Rangordnung der K.Gläubiger in einem deutschen Konkurse hat das ausländische Konkursrecht keinen Einfluß; die **Vorrechte sind grundsätzlich nach dem** Rechte des Orts des K.Gerichts zu beurtheilen, ohne Rücksicht auf das für die Beurtheilung der Entstehung der Forderung anwendbare örtliche Recht. RG. I, 322; 8, 114; 25. Nov. 1890, JW. 1891 S. 10. — § 5 findet für sämmtliche Nr. Anwendung.

2) Im Konkurse sind andere Vorrechte, als die im § 61 vorgeschriebenen nur gemäß besonderen reichsgesetzlichen Bestimmungen (vgl. Vorbem. 2, 3 und A. 7 unten) und landesgesetzlich im Rahmen des E.G. §§ 12, 13, 17 zugelassen (vgl. Anm. dazu). Abge-

Digitized by Google

sehen davon ist die **Rangordnung des § 61 zwingend**, so daß alle Forderungen der Nr. 1 einschließlich der nach § 62 hinzukommenden Kosten, Vertragsstrafen und Zinsen vollständig vor denjenigen zu Nr. 2 zu befriedigen sind u. s. w. und innerhalb jeder Rangklasse die einzelnen Berechtigten nach Verhältniß ihrer Forderungsbeträge. Die Zeit der Entstehung der Forderungen ist gleichgültig; die Rangordnung findet auf alle K.Forderungen (§ 2) Anwendung; auch ohne Unterschied, ob sie vor oder nach dem 1. Okt. 1879 entstanden sind, vgl. E G. §§ 8, 12, 13 u. Anm. dazu; **RG. 17**, 41. — Der Berechtigte kann auf sein Vorrecht verzichten; es ist ohnehin nicht von Amtswegen, sondern nur auf Anmeldung (§ 139) zu berücksichtigen ist. **RG. 20**, 412; vgl. Anm. zu § 145. Eine sonstige vertragsmäßige Aenderung der Rangordnung ist unzulässig.

3) Eine Beschränkung, daß das Vorrecht höchstpersönlich sei und nur der Geschützte selbst die Forderung mit Vorrecht liquidiren könne (vgl. Koch zu P. § 76), ist nicht bestimmt; vielmehr sind die **Vorrechte** des § 61 durch die betreffenden Rechtsverhältnisse sachlich motivirt, Mot. 254 ff. und **gehen sie im Fall der Uebertragung der Forderungen** mit diesen **über**. Für den Fall der Abtretung bestimmt dies das B G.B. § 401 Abs. 2, der nach § 412 auch auf die Uebertragung einer Forderung kraft Gesetzes entsprechende Anwendung findet. (Vgl. insbes. §§ 268, 426, 774, 1143, 1225, 1249 a. a. O.; C.P.O. § 835 Abs. 2). Für das bisherige Recht will **RG 3**, 39 abweichend von der herrschenden Meinung über die Frage, ob das Vorrecht durch Abtretung der Forderung übertragbar sei, das Landesrecht entscheiden lassen. Doch ist die Frage nach der Fassung des § 61 n. F., der die „Rangordnung" der K.Forderungen bestimmt, bereits durch die K.O. dahin entschieden, daß das Vorrecht als privilegium causale mit der Forderung übergeht. Ueber die Frage, ob nach dem bisherigen preußischen Recht auch ohne Cession durch Zahlung der dritte Zahlende in die Rechte, insbesondere die in diesem Paragraphen bestimmten Vorrechte des bezahlten Gläubigers eintrete vgl. A.L.R. I. 14 §§ 334, 338; I. §§ 46, 47 u. dazu **RG.** 3. 43 ff. — Auf den Contocurrent-Saldo geht das Vorrecht eines einzelnen, darin aufgenommenen Posten nicht über. **RG. 3**, 17.

4) Zu Nr. 1. a. **Voraussetzung** für das Vorrecht der Nr. 1 ist (in Uebereinstimmung mit § 22) ein **Dienstvertrag, durch welchen der Liquidant seine Erwerbsthätigkeit dem G.Schuldner für dessen Haushalt, Wirthschaftsbetrieb oder Erwerbsgeschäft verdungen hatte.** Ueber die Natur dieses Dienstverhältnisses und den Einfluß persönlicher Beziehungen zum G.Schuldner gilt das zu Anm 4 u. 5 bei § 22 Gesagte mit der Maßgabe, daß unter Nr. 1 auch *einzelne* Dienstleistungen fallen, wie die von Tagelöhnern, Lohndienern, Näherinnen. Ein Dienstverhältniß zu „*dauerndem* Dienst" (§ 54 Nr. 1 a. F.) setzt Nr. 1 seit den Nov. v. 17. Mai 1898 nicht mehr voraus, auch nicht ein Dienst„*verhältniß*" i. S. des § 22 (Anm. 4 dazu). Der Dienstvertrag muß für den G.Schuldner verbindlich abgeschlossen sein; unter dieser Voraussetzung ist es nicht nöthig, daß ihn der G.Schuldner selbst abgeschlossen hat. Vgl. für weibliche Dienstboten preuß. Gesinde-Ordn. §§ 2 bis 4. Ohne Unterscheidung zwischen operae liberales und illiberales und ohne die Nothwendigkeit einer persönlichen Unterwürfigkeit, auch ohne Rücksicht, ob ein Dienstverhältniß noch zur Zeit der K.Eröffnung oder des Todes vorhanden war, ob die Vergütung Wohnung und Kost im Hause des Dienstherrn einbegreift oder ob sie nach Zeitperioden, als Pauschsumme, nach Stückarbeit, nach Gewinnantheilen oder wie sonst bestimmt ist, können auch „Gesellen, Meister, Fabrikarbeiter, Handlungsgehülfen, Wirthschaftsbeamte, Gärtner, Förster, Schreiber, Sekretäre und dergl." (Mot 266), auch Beamte einer Aktiengesellschaft für deren Erwerbsgeschäft oder deren Wirtschaftsbetrieb, (Honorar des Direktors einer Aktiengesellschaft, Kohler S. 335) und auch „Hausdiener, Handlungsdiener, Packer, Markthelfer, Gewerbegehülfen, Werkmeister, Techniker und andere Privatbeamte" einbegriffen sein (Mot. 83). Einbegriffen ist auch die Dienstmiethe, wenn Jemand für sich und seine Gehülfen handwerksmäßige, landwirtschaftliche oder sonstige Arbeiten für den Haushalt, den Wirthschaftsbetrieb oder das Erwerbsgeschäft übernommen hat; so für landwirtschaftliche Leistungen, **RG. 27**, 223; für einen Meister, welcher sich und seine Gehülfen verdungen hat, **RG. 4**, 423; wegen der Fabrikarbeiter nach P. § 77: Rass.K.

Digitized by Google

Beitr. 24, 526. Auch die Bezüge des Handelsagenten gehören hierher, da der Agenturvertrag als Dienstvertrag über Dienste für das Handelsgewerbe eines Anderen aufzufassen ist. (Vgl. Staub Anm. 4 zu § 84 u. Jäger Anm. 13.) — Die Thätigkeit des Liquidators einer offenen Handelsgesellschaft fällt dann nicht unter Nr. 1, wenn der Liquidator Gesellschafter der aufgelösten Gesellschaft ist (§ 156 H.G.B.). Hat ein Dritter für die Gesellschafter die Liquidation gegen Entgelt übernommen, so ist der Vertrag als Dienstvertrag aufzufassen und der Vergütungsanspruch bevorrechtet. Vgl. Staub Anm. 36 zu § 149 H.G.B. A.M. Jäger Anm. 14, der den Vertrag als Werkvertrag auffaßt.

5) b. Zu den **Dienstbezügen,** die einen Dienstvertrag voraussetzen (vgl. Anm. 3), gehört Alles, was als Vergütung für den Dienst vertragsmäßig einschließlich der als stillschweigend bedungen geltenden Prästationen zu gewähren ist: Lohn, Honorar, Gehalt, Kostgeld, Diäten, Livree, Stamm- und Schießgeld, Provisionen, Tantième, Deputat, Naturalbezüge und dergleichen; auch Weihnachtsgeschenke, wenn sie als Theil der Dienstvergütung bedungen worden; nicht aber Schadensansprüche, insbesondere die Entschädigungen wegen Körperverletzungen im Dienst; Ansprüche für vorzeitige Aufhebung des Dienstvertrags durch den K.Verwalter gemäß §§ 22, 26 fallen schon deshalb nicht unter Nr. 1, weil sie nicht die Zeit *vor der K.Eröffnung* betreffen. Wenn der G.Schuldner vor K.Eröffnung dem Angestellten gegenüber in Annahmeverzug gekommen, insbesondere er ihn ohne Grund entlassen hatte, so fällt die Forderung des Angestellten aus § 615 B.G.B. unter Nr. 1, da diese Forderung nach der Fassung des § 615 direkt auf die vereinbarten *Dienstbezüge* geht. Die Forderung des Angestellten, den der Dienstherr durch vertragswidriges Verhalten zur Kündigung veranlaßt hat, auf Ersatz des durch Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schadens (§ 628 a. a. O., § 70 Abs. 2 H.G.B.), stellt sich dagegen nicht als Vergütungsanspruch i. S. der Nr. 1 dar, wenngleich die auf die Zeit nach der Kündigung entfallende Vergütungssumme ein Posten der Schadensberechnung sein kann. Eine analoge Ausdehnung der Nr. 1 auf diese vom Gesetze ausdrücklich als Entschädigungsanspruch charakterisirte Forderung ist unzulässig, da strikteste Auslegung der K.Privilegien geboten ist. Vgl. Vorbem. 1 am Ende; a. M. Jäger Anm. 13 und Staub Anm. 16 zu § 70 H.G.B.

6) c. Nach § 59 Nr. 2 sind die Ansprüche für die Zeit nach der K.Eröffnung ohne Rücksicht auf die Fälligkeitszeit Masseschulden. Anm. 4 zu § 59. Entsprechend sind hier die Rückstände ebenfalls von der K.Eröffnung und nicht etwa vom letzten Fälligkeitstermine vor der K.Eröffung ab zuzurechnen. Dies ist auch beabsichtigt (Mot. 267) und durch die Fassung: „*für* das letzte Jahr rückständige" ausgedrückt; andernfalls würde gerade für die wichtigste und regelmäßig praktische Zeit vom letzten Fälligkeitstermine bis zur K.Eröffnung das Vorrecht versagt sein. Das Vorrecht betrifft also **die für das letzte Jahr vor der K.Eröffnung entstandenen Forderungen ohne Rücksicht auf die Zeit der Fälligkeit.** RG. 22, 142. **Das Jahr** ist nur dann, wenn der G.Schuldner schon *vor* der K.Eröffnung gestorben ist und über den Nachlaß Konkurs eröffnet ist, **vom Todestage** desselben **zurückzurechnen,** übereinstimmend mit der genaueren Vorschrift der P. §§ 77, 73. Bei wörtlicher Auslegung von Nr. 1 wäre im Nachlaßkonkurse, wenn der Todestag „an die Stelle der K.Eröffnung" tritt (Mot. 267, 268), der Anspruch für die Zeit vom Ableben des G.Schuldners bis zur K.Eröffnung weder Masseschuld, noch bevorrechtigt. Offenbar ist jedoch das Vorrecht für die Zeit von einem Jahre vor der K.Eröffnung ab, oder wenn der G.Schuldner vorher starb, von einem Jahre vor dessen Tode ab *bis zur K.Eröffnung* gerechnet gemeint.

7) d. Das **Vorrecht des § 61 Nr. 1** ist durch §§ 55, 65, 72, 73 Ges. v. 10. April 1892 R.G.Bl. S. 379, betr. Krankenversicherung der Arbeiter und § 70 der Gewerbeordnung in der Fassung v. 26. Juli 1897 R.G.Bl. S. 663, auch den rückständigen Beiträgen für Gemeinde-, Orts-, Betriebs-, Bau- und Innungs-**Krankenkassen** bewilligt, ferner durch § 168 des Invalidenversicherungsgesetzes vom 13. Juli 1899, R.G.Bl. S. 393, den zur **Versicherungskasse** zu zahlenden Rückständen.

8) *Zu Nr. 2. a. Oeffentliche Abgaben.* **Was zu den öffentlichen Abgaben zu**

Digitized by Google

rechnen, ist nach ihrem begrifflichen Charakter und nach Reichs- und Landesrecht zu entscheiden. Begrifflich gehören dazu Leistungen an staatlich angeordnete oder anerkannte Behörden für öffentliche allgemeine Interessen, ohne Rücksicht, ob die Leistungen als direkte oder indirekte Steuern gefordert werden, regelmäßig periodische oder nur nach Bedürfniß wiederkehrende, kreditirte oder nicht kreditirte Abgaben sind. Von den Reichsabgaben gehören dahin namentlich Stempel (Stempelabgaben, Ges. v. 10. Juni 1869, 3. Juli 1878 und 27. April 1894) und Zollabgaben (Ges. v. 5. Juli 1879). Vgl. über den Reichsfiskus: Raff.K. **24**, 481 ff. und über den Begriff der Reichskasse Anm. 5 zu § 49. Ebenso gehören dahin die Stempel der preuß. Stempelgesetzgebung als indirekte Steuern, Strieth. **92**, 85; über die Fälligkeit von Stempeln vgl. Raff.K. **29**, 391, jetzt Stempelsteuer-Ges. v. 31. Juli 1895 §§ 15, 16 G.S. 413.

9) b. Dagegen gehören zu den öffentlichen Abgaben **nicht die von Einzelnen für deren besonderes Rechtsverhältniß oder Interesse zu gebenden Leistungen**, insbesondere nicht Forderungen aus Lieferungs-Verträgen, Dienstmiethe und dergl.; auch nicht das Reichspost-Porto (Aequivalent für die Dienste der Post; die Exekutionsbefugniß nach Ges. v. 28. Okt. 1871 § 25 entscheidet nicht, R.O.H. **12**, 311); ebenso nicht die Vergütung für die kaufmännisch geleisteten Eisenbahn-Transporte, wenngleich für Staatsbahnen, R.O.H. **15**, 291; auch nicht Defekte (E. § 54. Prot. 52). Die von den Erben und Legatarien zu entrichtenden Erbschaftssteuern des preuß. Ges. v. 30. Mai 1873 (§§ 27, 5), für welche die steuerpflichtige Masse (Nachlaß) haftet, haben das Vorrecht nur im Konkurse über das Vermögen des Erben. Im Konkurse über den Nachlaß können sie überhaupt nicht geltend gemacht werden. Vgl. Petersen-Kleinfeller Anm. 12.

10) c. Auch **die Gerichtskosten und die Gebühren anderer Behörden**, z. B. Auseinandersetzungsbehörden, Polizeibehörden *für die Inanspruchnahme ihrer Dienste* gehören nicht zu den hier im engeren Sinne verstandenen öffentlichen Abgaben des § 61. Die Gerichtskosten sind dazu nach dem Sprachgebrauche nicht gerechnet, sondern stets (so auch im P. §§ 73, 78) davon unterschieden, und als Entschädigung für die Inanspruchnahme der Staatshülfe im besonderen Interesse der Rechtsuchenden angesehen. Die Mot. sprechen sich scharf darüber aus, daß das Privilegium für die „Gerichtskosten und die Gebühren anderer Behörden", das drückendste des Fiskus, nicht eingeführt werden soll. Mot. 255, 256. Von keiner Seite ist bei der Berathung der K.O. hiergegen ein Widerspruch erfolgt. Es widerspricht auch der offenbaren Absicht der K.O., die Privilegien eher zu beschränken als auszudehnen, während schon im P. §§ 73, 78 dergleichen Gebühren den Steuern nachgestellt waren, wie auch in der Rangordnung für die Masseschulden die Gerichtskosten zuletzt berücksichtigt sind, vgl. Anm. 4 zu § 60. Auch der auf den Steuererheber bezügliche Zusatz paßt nicht für Gerichtsgebühren. Daß der Begriff der „öffentlichen Abgaben" im § 70 Ger.Verf.Ges. einen größeren Umfang bezeichnet, ist für die Auslegung des § 60 einflußlos. Darnach sind weder die nach dem Deutschen Gerichtskostengesetze zu fordernden Kosten, noch (gegen Stieglitz Anm. II. 2) die für andere Gerichtsfunktionen außerhalb des Ger.-Kost.-Ges. zu fordernden Gebühren oder Gebühren für Funktionen anderer Behörden zu den öffentlichen Abgaben im Sinne des § 60 zu rechnen. Dagegen meinen Jäger Anm. 19, Das bayerische Oberste Landesgericht (Sammlg. v. Entsch. dieses Gerichts **9**, 432, 600; **12**, 476; **14**, 519), Oberlandesgericht München (Busch **6**, 112—127), Seuffert S. 62, daß de lege lata Gerichtskosten und die Gebühren anderer Behörden an dem Vorrecht der Nr. 2 Theil haben.

11) d. Für das im öffentlichen Interesse beibehaltene Vorrecht der Nr. 2 sind die später fällig werdenden Beträge (**betagte Forderungen**, § 65) ausdrücklich mit eingeschlossen, weil manche indirekte Steuern, so Maisch-, Rübenzucker-, Tabakssteuern, mit Rücksicht auf ihre Erhebung und Feststellung erst nach der Zeit, für welche sie schuldig geworden sind, fällig werden. Mot. 254, 255. Immer ist es Voraussetzung für Nr. 2, daß eine K.Forderung des G.Schuldners im Sinne des § 3, also eine gegen diesen schon zur Zeit der K.Eröffnung begründete, wenngleich damals in quanto noch nicht feststehende, oder aus anderen Gründen erst später zahlbare Forderung vorliegt. Für alle betagten unverzins-

Digitized by Google

lichen Forderungen sind nach § 65 Abs. 2 die Zwischenzinsen abzurechnen; nicht bloß § 65 Abs. 1, sondern § 65 ist angezogen.

12) e. Der **Schlußsatz von Nr. 2** stammt aus P. § 73, deren Mot. dazu bemerken: „daß die vorschußweise Deckung der Restanten durch den Steuererheber nur eine vorläufige Deckung sei und dadurch in der Person des Berechtigten gegenüber dem Steuerpflichtigen nichts geändert werde." Der in dieser Weise begründeten Fassung des Schlußsatzes gegenüber läßt sich die Annahme der bisherigen Auflagen, wonach mit der vorschußweisen Zahlung die Forderung kraft Gesetzes auf den Steuererheber übergehen soll, nicht aufrecht erhalten. Die Kasse bleibt Gläubigerin. Vgl. Jäger Anm. 20, Petersen-Kleinfeller Anm. 11, Sarwey-Boßert Anm. 13.

13) Das **Absonderungsrecht** aus § 47 Abs. 1 wird durch das Vorrecht des § 61 nicht berührt und bleibt neben demselben vorbehalten.

14) Zu Nr. 3. a. **Kirchen.** Ob zum Begriffe einer Kirche eine Religionsgesellschaft genügt, die staatlich als solche oder als Korporation anerkannt ist (was nach A.L.R. II. 12 §§ 11, 17, 20 ff. auch von den geduldeten gilt) oder ob sprachgebräuchlich nur die anerkannten christlichen dazu gehören, hat bei der Gleichstellung der öffentlichen Verbände keine Bedeutung, s. Anm. 16. Unter den Begriff der Kirche, die als Rechtssubjekt in Nr. 2 vorausgesetzt ist, gehört nicht nur die Gesammtheit der Religionsgenossen, oder die gesammte Landeskirche, sondern auch die einzelnen (Parochial-) Kirchengemeinden, vgl. A.L.R. II. 11 §§ 17, 160 ff., 618 ff.; **RG. 17**, 192; Kuhlenbeck, JW. 1895, S. 498. Ob der eine oder andere Verband in der That für eine Abgabe oder Leistung Rechtssubjekt ist, oder ob nur etwa Einzelne innerhalb der Religionsgesellschaft berechtigt sind, ist nach dem Staatskirchenrecht des Landes und der Verfassung der Gesellschaft („Gesetz oder Verfassung") zu entscheiden. Für das Vorrecht ist immerhin vorausgesetzt, daß der Verband (Kirche) Berechtigter sein muß. Stolgebühren, die unmittelbare Einkünfte eines innerhalb der Kirche Berechtigten sind, vgl. A.L.R. II. 11 §§ 772, 773, haben das Vorrecht nicht. So auch Mot. 256; Sarwey-Boßert, Stieglitz, Petersen-Kleinfeller zu Nr. 3. A.M. Hullmann, Völderndorf, Wengler zu Nr. 3; Fitting § 11 Anm. 11.

15) b. Unter den **Schulen** sind nur öffentliche zu verstehen, für die allein durch „Gesetz oder Verfassung" im Sinne der Nr. 3 Abgaben und Leistungen bestimmt werden, nicht Privatschulen. Mot. 256. Ob der Schulverband zugleich die politische Gemeinde oder eine besondere Schulgemeinde ist, macht keinen Unterschied. Mot. 256. Aber auch hier, wie hinsichtlich der Kirchen ist eine Forderung des Verbandes vorausgesetzt, nicht Einzelner; die Vorschrift umfaßt also nicht die Kollegiengelder der Professoren.

16) c. **Als öffentliche Verbände** sind alle, auf staatlicher Anerkennung beruhenden, öffentlichen Interessen dienenden, Vereinigungen zu rechnen, die Körperschaften des öffentlichen Rechts, B.G.B. § 89. Dazu gehören insbesondere Amts-, Kreis-, Provinzial-, Kirchen-, Schulverbände, Verbände politischer Gemeinden u. dergl. (vgl. P. § 74), ebenso Wege-, Deich-, Meliorationsverbände (Prot. 52), desgleichen Orts- und Landarmenverbände (Reichs-Ges. v. 6. Juni 1870, preuß. Ges. v. 8. März 1871); Rechtsanwaltkammern (Ges. v. 1. Juli 1878 §§ 41, 49, 102); die preuß. provinziellen Landschaftsverbände; Landschaftskammern, Handelskammern, Handwerkskammern, Knappschaftsverbände (auch für die Beiträge der Arbeiter, für die der G.Schuldner haftet, **RG.** 31. März 1886, Rass.-K. **30**, 1010); Verbände der Arbeiter-Kranken-Versicherung nach den Gesetzen v. 15. Juni 1883 u. 10. April 1892 — dagegen nicht die eingeschriebenen Hülfskassen gem. Ges. v. 7. April 1876 u. 1. Juni 1884; die Berufsgenossenschaften der Unfallversicherungsgesetze v. 6. Juli 1884, 5. Mai 1886, 11. u. 13. Juli 1887 für ihre Umlagen, **RG. 22**, 139. Als öffentlichen Interessen dienend müssen auch die Innungen — sowohl die freien als die Zwangsinnungen gem. Tit. II der Gew.O. in der Fassung des Ges. v. 26. Juli 1897 angesehen werden. Ferner sind die Synagogengemeinden nach dem preuß. Ges. v. 23. Juli 1847 §§ 35, 36 (G.S. S. 203) zu den „öffentlichen Verbänden" zu rechnen, wenngleich sie zu den „Kirchen" sprachgebräuchlich nach Obtr. **65**, 448 nicht gerechnet werden sollen. Theilweise sind öffentliche Verbände schon unter Nr. 2 hinsichtlich öffentlicher Ab-

Digitized by Google

gaben berücksichtigt. — Dagegen sind zu den öffentlichen Verbänden die für Privatinteressen dienenden, wenngleich staatlich zugelassenen oder im öffentlichen Interesse beaufsichtigten, Verbindungen nicht zu rechnen, also nicht Aktiengesellschaften, auch nicht Eisenbahn-Gesellschaften, eingetragene Genossenschaften, Juristentag, Anwaltsverein, wohl aber Anwaltskammern.

17) d. **Oeffentliche Feuerversicherungsanstalten** sind nur bevorrechtigt, wenn sie im konkreten Falle zur Annahme der in Rede stehenden Versicherung verpflichtet sind. Prot. 49—52, 150—152. Gleichgültig ist dann, ob die Versicherung eine freiwillige ist oder eine Verpflichtung des Versicherten dafür existirt, ob Mobilien oder Immobilien versichert sind, und ob die Versicherung gegen feste Prämien erfolgt oder auf Gegenseitigkeit beruht.

18) e. Das Vorrecht zu Nr. 3 ist beschränkt auf die **„nach Gesetz oder Verfassung zu entrichtenden Abgaben und Leistungen"**. Die „Verfassung" der Verbände besteht, wenn nicht auf einem Gesetze selbst, in ihrem Statute oder den für sie und die ihnen Angehörigen verbindlichen Beschlüssen. Ausgeschlossen sind die auf besonderen Verhältnissen (Verträgen, Delikten u. s. w.) beruhenden Verpflichtungen. Die Ausdehnnng des E. § 84 auf Defekte ist hier, wie für Nr. 2 von der R.K. gestrichen, Prot. 52. — Die Abgaben und Leistungen müssen „aus dem letzten Jahre" vor der K.Eröffnung stammen, d. h. im Gegensatze zu § 61 Nr. 1 und in Uebereinstimmung mit Nr. 2 im letzten Jahre fällig geworden sein, wie insbesondere Abgaben überhaupt nur zu entrichten sind, wenn sie fällig sind, und bei den meisten Abgaben für Kirchen, Schulen ꝛc. nicht festzustellen ist, ob sie für eine frühere oder spätere Zeit (post- oder praenumerando) oder für eine andere Zeit als diejenige der Fälligkeit zu entrichten sind. **RG. 22**, 139; Kohler S. 338.

19) Zu Nr. 4. Kur- und Pflegekosten. Aus welchem Grunde die Aerzte u. s. w. von dem G.Schuldner zu fordern haben, ob aus einem Vertrage oder aus Geschäftsführung oder Bereicherung ist unerheblich. Das Gesetz giebt das Vorrecht allen „Forderungen" aller Aerzte u. s. w. „wegen Kur- und Pflegekosten" (also auch für Pflege in einer Privatklinik). Zahnärzte sind daher nicht auszuschließen. Der unter dem bisherigen Recht bestehende Streit, ob auch die Thierärzte hierher zu rechnen, ist durch die ausdrückliche Vorschrift der K.O.N. beseitigt. Herstellung von Zahngebissen sind Kurkosten für den Zahnarzt, Landger. I. Berlin, Bl. f. R. 5, 61. Als Aerzte i. S. des Gesetzes sind nur gem. § 29 Gew.O. approbirte Personen anzusehen. Die Approbation im Auslande giebt das Vorrecht noch nicht. J.W. 1900, S. 484. Außer dem in der Voraussetzung der „Konkursforderung" liegenden Erfordernisse, daß eine Forderung an den G.Schuldner bestehen muß, ist bei der deutlichen Allgemeinheit der Vorschrift eine andere Bedingung, abgesehen von der quantitativen Beschränkung des Nachsatzes, nicht zu fordern. Namentlich ist (gegen Hullmann, Stieglitz, Wengler zu Nr. 4, Fuchs S. 75) eine Beschränkung auf Kosten für den G.Schuldner und für diejenigen, für deren Alimentation, oder Kur er zu sorgen verpflichtet ist, nicht hineinzulegen. Auch die P. § 76 hatte eine solche Beschränkung nicht ausgedrückt, und der wesentliche gesetzgeberische Grund bestand und besteht darin, daß früher die gesetzliche Pflicht, jetzt „Sitte und Menschlichkeit" die Hülfeleistu ng des Arztes ohne Rücksicht auf die Gebührenzahlung gebieten, Mot. 257; für wen sie beansprucht wird, ist für dies Verhältniß gleichgültig. So auch Sarwey-Boßert, Völderndorff, Petersen-Kleinfeller zu Nr. 4; Fitting § 11 Anm. 16. Dagegen hat ein Dritter, der die nicht vom G.Schuldner geschuldeten Kosten auf Grund seines Rechtsverhältnisses zum G.Schuldner von ihm erstattet fordern kann, das Vorrecht nicht. Ueber das Eintrittsrecht eines zahlenden Dritten vgl. Anm. 3.

Infolge der Beschränkung der Höhe der Forderungen zu Nr. 4 „insoweit sie den Betrag der taxmäßigen Gebührnisse nicht übersteigen", hat allerdings der Gläubiger, der auch die Höhe seiner Forderung begründen muß, die taxmäßige Richtigkeit nachzuweisen. Sofern jedoch eine verbindliche Taxe nicht besteht, z. B. für Krankenpfleger, kann man nicht (mit Völderndorff zu 4 III.) den Ansprüchen das Vorrecht der vierten Klasse bestreiten, sondern im Gegentheil die Beschränkung nur da anwenden, wo eine Taxe besteht. Andernfalls ist eben eine solche nicht überschritten, Fitting § 11 zu I. 4.

Digitized by Google

20) Zu Nr. 5. a. Das **Vorrecht** der Kinder, Mündel und Pflegebefohlenen zu Nr. 5 (übereinstimmend mit P. § 80 Abs. 1 u. § 81) wird **dadurch begründet**, daß ohne ihr Zuthun von Rechtswegen ihr Vermögen in die Hände der Eltern oder des Vormundes oder Pflegers gelange und das Gesetz eine gute Verwaltung nicht ausreichend sichern könne. Sofern ihnen daher durch die Befolgung der Gesetze im Konkurse ein Verlust droht, soll er durch das Vorrecht möglichst beseitigt werden (Mot S. 263 f.).

21) Unter den **Kindern** sind dem nach Art. 33 E.G. z. B.G.B. entscheidenden Sprachgebrauch des B.G.B. gemäß und mit Rücksicht auf das weitere Erforderniß, daß ihr Vermögen gesetzlich der Verwaltung des G.Schuldners unterworfen sein soll, nur Abkömmlinge ersten Grades zu verstehen. Die gesetzliche Verwaltung beruht auf der elterlichen Gewalt (B.G.B. §§ 1627 ff., 1624 ff.). Zu den Kindern gehören auch die Kinder aus der Ehe zur linken Hand, A.L.R. II. §§ 566 ff.; auch legitimirte, für ehelich erklärte (B.G.B. §§ 1719, 1723) und angenommene Kinder (§ 1757 a. a. O.). Kinder aus nichtigen Ehen gelten als ehelich, wenn nicht beide Ehegatten die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschließung gekannt haben (§ 1699 a. a. O. mit der Abs. 2 vorbehaltenen Ausnahme), stehen aber nicht in der Gewalt des wissenden Elterntheils (§§ 1701, 1702)). — Das uneheliche Kind hat nur der Mutter gegenüber die rechtliche Stellung eines Kindes (§ 1705 a. a. O.) und steht auch nicht in deren Gewalt. Zu den Kindern gehören dagegen nicht Stiefkinder oder Pflegekinder, die zu den Stief- oder Pflegeeltern in keinem Familienverhältnisse stehen. Auch der Umstand, daß die etwaige Nußnießung der Mutter am Vermögen ihrer Kinder dem Stiefvater zufällt, begründet keine Kindschaft (vgl. **RG. 11**, 63); nach B.G.B. § 1697 erlischt die Gewalt der Mutter mit der Wiederverheirathung.

22) **Mündel** des G.Schuldners sind gemäß B.G.B. §§ 1773 ff. Minderjährige, die einen Vormund erhalten haben, weil sie nicht unter elterlicher Gewalt stehen oder weil die Eltern weder in den die Person noch in den das Vermögen betreffenden Angelegenheiten zur Vertretung der Minderjährigen berechtigt sind; ferner Volljährige, die einen Vormund haben, nachdem sie entmündigt sind (§§ 1896 ff. a. a. O.), oder ihre Entmündigung beantragt ist (§§ 1906 ff. a. a. O.). **Pflegebefohlene** sind Personen, die unter Pflegschaft stehen (§§ 1909 ff. a. a. O.).

23) Betroffen ist das Vermögen, „dessen Verwaltung der G.Schuldner **kraft Gesetzes** zu führen hatte". Wann dies der Fall ist, entscheidet sich nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts über die Verwaltung des Vermögens der Kinder (Anm. 21), Mündel und Pflegebefohlenen. G.Schuldner können staatlich bestellte Vormünder und Pfleger sein, gleichviel ob benannt (B.G.B. § 1776), ausgewählt (§ 1779 a. a. O.) oder befreit (§§ 1852 ff. a. a. O.); vgl. P. § 80; R.O.H. 18, 375; Obtr. 49, 419; Strieth. 69, 266; — Das Vorrecht ist ausgeschlossen, wenn der G.Schuldner die Vermögensverwaltung ohne gesetzliche Nothwendigkeit erhalten hat, mag er sich die Vermögensverwaltung angemaßt haben (z. B. der Vater gegen § 1638 a. a. O. oder im Falleeiner Entscheidung des Vormundschaftsgerichts § 1666 Abs. 2 a. a. O.) oder sie ihm freiwillig übertragen sein; Mot. S. 264, 265. Eine gesetzliche Vermögensverwaltung ist nicht vorhanden, wenn wider die Vorschrift des B.G.B. § 1780 ein Unfähiger als Vormund bestellt ist und die Verwaltung thatsächlich führt (vgl. a. a. O. „kann nicht bestellt werden"). Dagegen ist die Vormundschaft wider die Sollvorschriften der §§ 1781 ff. a. a. O. gültig und kann hier das Vorrecht der Nr. 5 zur Geltung kommen. Wird das gesetzlich an und für sich schon begründete Recht zur Vermögensverwaltung bei Zuwendung an das Kind des Verwaltungsberechtigten durch Willenserklärung des Schenkers oder Erblassers bestätigt, so beruht die Verwaltung auf dem Gesetz. Die Bestätigung hat lediglich die Bedeutung, daß die Ausnahme des § 1638 a. a. O. nicht beliebt wird, sondern es bei den gesetzlichen Bestimmungen verbleiben soll.

24) Unter den **Forderungen in Ansehung des** der Verwaltung unterworfenen **Vermögens** sind nicht bloß die Forderungen zu verstehen, die durch die Verwaltung entstanden sind (wie Schadensersatzansprüche wegen Versehen bei der Verwaltung, Forderungen wegen Verwendungen von Mitteln der Kinder, Mündel und Pflegebefohlenen, §§ 1646, 1834 a. a. O.),

Digitized by Google

sondern auch Forderungen gegen den G.Schuldner die für einen Dritten entstanden, dann aber auf Kinder, Mündel, Pflegebefohlene vor der K.Eröffnung übergegangen und so in die gesetzliche Verwaltung gekommen sind. Insbesondere hat danach Nr. 5 statt, wenn die Kinder als Erben ihrer Mutter hinsichtlich des eingebrachten Vermögens, das der Vater nach dem Tode der Mutter noch nicht herausgegeben hat, Ansprüche haben (Obtr. 55, 268, **RGS.** 18, 375), also auch, wenn ein solcher Anspruch auf Ersatz deshalb begründet war, weil das eingebrachte Vermögen beim Tode der Mutter nicht mehr vorhanden war, **RG.** 17, 41 (wenngleich die Mutter selbst, falls sie den Konkurs erlebt hätte, kein Vorrecht für ihr Eingebrachtes gehabt hätte [Prot. 52, 53], also auch die Kinder, falls die Mutter nach der K.Eröffnung stirbt, als deren Rechtsnachfolger das Vorrecht nicht haben); ebenso auch wenn die Kinder gegen die Mutter eine Erbtheilsforderung aus dem Nachlaß des Vaters haben, die bei der Auseinandersetzung mit der kraft elterlicher Gewalt oder als Vormund zur Verwaltung des väterlichen Vermögens berechtigt gewesenen Mutter für die Kinder ermittelt ist, **RG.** 3, 294.

Aus- und Absonderungsrechte der Kinder, Mündel und Pflegebefohlenen werden durch die Vorschriften zu Nr. 5 nicht betroffen, sondern nur das Vorrecht der K.Forderungen.

25) „Wenn das Kind oder der gewesene Pflegebefohlene eine längere Frist verstreichen läßt, ehe er sein Recht auf Herausgabe gerichtlich ausübt, so kreditiren sie dem Vater oder Vormund und dürfen nicht anders behandelt werden, als die übrigen Gläubiger des G.Schuldners." Mot. 265. Die **Frist** von zwei Jahren für die Erhaltung des Vorrechts hat die **Bedeutung** einer **Verjährungsfrist**. Wenn es sich auch nicht um Verjährung eines Anspruchs (B.G.B. § 194) handelt, so doch um Verlust des Vorrechts dadurch, daß der Anspruch binnen der bestimmten Frist nicht — gerichtlich — geltend gemacht und verfolgt wird. Es müssen danach die Vorschriften des B.G.B. über die Verjährung entsprechende Anwendung finden. Insbesondere ist nach den Vorschriften der §§ 209—215 a. a. O. zu beurtheilen, wann die **gerichtliche Geltendmachung** stattgefunden. Sofern die Verjährungsvorschriften des B.G.B. außergerichtliche Erklärungen des Verpflichteten als zur Unterbrechung der Verjährung geeignet anerkennen (§ 208 a. a. O.), kommen sie nicht zur Anwendung, da für die Art der Unterbrechung Nr. 5 eine besondere Vorschrift enthält. Wenn die Kinder und Pflegebefohlenen binnen zwei Jahren nach beendigter gesetzlicher Verwaltung geklagt haben, aber die Verfolgung des Prozesses oder Anträge auf Zwangsvollstreckuug unterlassen, so ist mit Rücksicht auf Zeit, Grund und Art der Ruhe in der Verfolgung cum grano salis zu ermessen, ob eine entsprechende **Verfolgung** stattgefunden hat. Da eine Verfolgung verlangt wird, so kann dies Erforderniß durch einen Einwand, diese hätte zur Zeit doch nichts geholfen, nur im Falle einer erweislichen objektiven Unmöglichkeit beseitigt werden.

26) Für den **Beginn der** zweijährigen **Frist** maßgebend ist nicht der Zeitpunkt der thatsächlichen Beendigung der Verwaltung, sondern der Zeitpunkt, in dem nach dem Gesetze die Herausgabe des Vermögens verlangt werden kann. Nach B.G.B. kann die Herausgabe des Vermögens von den Eltern verlangt werden im Falle der Beendigung — vgl. § 1626 (Volljährigkeit des Kindes); § 1647 (Konkurs der Eltern); § 1679 (Todeserklärung der Eltern) — und des Ruhens (§§ 1676, 1681) der elterlichen Gewalt, sowie dann, wenn den Eltern das Verwaltungsrecht durch das Vormundschaftsgericht entzogen wird (§ 1666 Abs. 2, § 1670). Die Verwaltung des Vormundes endet mit Wegfall der für die Anordnung bestimmten Voraussetzungen (§§ 1882, 1897, 1908), die des Pflegers nach §§ 1918 ff.

§ 62. (55.)

Mit der Kapitalsforderung werden an derselben Stelle angesetzt:

1. die Kosten, welche dem Gläubiger vor der Eröffnung des Verfahrens erwachsen sind;

Digitized by Google

2. die Vertragsstrafen;
3. die bis zur Eröffnung des Verfahrens aufgelaufenen Zinsen.

E. I. 64. P. 83.

1. Kosten.
2. Vertragsstrafen.
3. Zinsen.

1) Zu Nr. 1. **Kosten.** Der Anspruch einer Partei auf Erstattung der Kosten eines Rechtsstreits ist die prozessuale Rechtsfolge des Unterliegens des Gegners in der Hauptsache, C.P.O. § 91. Mot. z. C.P.O. S. 111. Der Anspruch entsteht also mit der Erhebung des Rechtsstreits als ein durch das Unterliegen in der Hauptsache bedingter Anspruch (RG. 23. Sept. 1895, J.W. 504) und ist somit, wenn der Prozeß zur Zeit der K.Eröffnung anhängig war, gemäß § 3 eine K.Forderung. Demgemäß ist im § 62 Nr. 1 hinsichtlich der Kosten kein Unterschied gemacht, ob der Prozeß zur Zeit der K.Eröffnung schon beendigt war oder noch schwebt. Außergerichtliche, wie gerichtliche Kosten sind einbegriffen. Die Kosten eines zur Zeit der K.Eröffnung bereits beendigten Prozesses und der Zwangsvollstreckung bis zur K.Eröffnung sind nach Maßgabe der rechtskräftigen Entscheidung über den Kostenpunkt und nach C.P.O. §§ 91 ff., 124, 788 anzusetzen, soweit sie nicht dem Liquidanten selbst zur Last bleiben. Die Kosten eines zur Zeit der K.Eröffnung noch nicht beendigten Prozesses über eine K.Forderung sind mit dieser anzusetzen; der Prozeß wird unterbrochen, Anm. 1 § 10. Soweit die liquidirte Forderung hinsichtlich der bis zur K.Eröffnung entstandenen Kosten bestritten wird, kann sie durch Aufnahme des Prozesses nach § 146 verfolgt werden. Mot. 269, 270. Vgl. Anm. 15 ff. zu § 10 und Anm. 14 zu § 3. Dies gilt, wenn die Kosten alleiniger Gegenstand der K.Forderung sind, oder allein streitig bleiben, z. B. im Falle des § 11 Abs. 2, oder wenn der Verwalter einen vom G. Schuldner erhobenen Prozeß über einen Bestandtheil des Aktivvermögens nach § 10 nicht aufnehmen will. Wird dagegen eine K.Forderung, über die schon ein Rechtsstreit anhängig ist, angemeldet und vom Verwalter bestritten, so fallen die, in dem aufgenommenen Prozesse erwachsenen Kosten, ohne Rücksicht darauf, ob sie vor oder nach der K.Eröffnung erwachsen sind, in Folge der Genehmigung des Verhaltens des G.Schuldners durch den Verwalter nach § 59 Nr. 1 der Masse zur Last, wenn der Verwalter unterliegt; die gesammten Kosten sind dann eine Masseschuld, ohne Rücksicht darauf, ob der Betrag ein geringerer gewesen wäre, wenn die K.Masse den Prozeß von Anfang an geführt hätte. Ebenso fallen sie einem unterliegenden bestreitenden anderen Gläubiger zur Last. RG. 14. Dezbr. 1894, J.W. 1894 S. 56; 2. April 1895, J.W. 226; 6. Mai 1891, J.W. 310; vgl. Eccius, Kass.K. 33, 740.

2) Zu Nr. 3. **Vertragsstrafen.** Die Entrichtung der Vertragsstrafen (B.G.B. §§ 339 ff., H.G.B. § 348) gehört stets zur vertragsmäßigen Leistung, also an der Stelle der Forderung (vgl. Anm. 4 zu § 17). Vorausgesetzt ist auch hier eine K.Forderung, also ein zur Zeit der K.Eröffnung, wenngleich bedingt, begründeter Anspruch, § 3. Die in Folge eines solchen Anspruchs, wenngleich erst nach der K.Eröffnung verfallenen, Vertragsstrafen sind als K.Forderung zu liquidiren. Ob eine nach der K.Eröffnung eintretende Nichterfüllung ihren Grund in der Zahlungsunfähigkeit des G.Schuldners, im Nichtwollen oder in der Nichterfüllung des K.Verwalters hat, macht civilrechtlich keinen Unterschied für die Begründung des Eintritts der Bedingung für die Vertragsstrafe und schließt diese nicht aus; der § 62 Nr. 2 läßt als K.Forderung jeden Anspruch auf Vertragsstrafen zu, der civilrechtlich begründet ist, RG. 21, 5; 26, 92. A.M. hinsichtlich der nach der K.Eröffnung verfallenen Vertragsstrafen Fitting § 10 Anm. 18; Oetker 1, 154. (Vgl. Anm. 9 zu § 26). Dagegen kann die Zuwiderhandlung des Verwalters gegen ein, nur gegen den G.Schuldner, nicht auch gegen dessen Gläubiger gerichtetes Untersagungsverbot nicht einen im Konkurse als K.Forderung oder Masseschuld geltend zu machenden Anspruch begründen, RG. 20. April 1895, J.W. 297. — Als Strafe für Nichterfüllung (nicht bloße Verzögerung) kann die Strafe auch alleiniger Inhalt der Forderung sein. Auch in diesem Falle ist die Strafe an der Stelle zu befriedigen, an der die Hauptforderung zu befriedigen gewesen wäre.

Digitized by Google

3) Zu Nr. 3. „Zinsen“ ohne Rücksicht auf die Höhe des Zinsfußes, auf die Zeitdauer vor der K.Eröffnung (soweit sie nicht verjährt sind) und auf die Art der gesetzlichen, Verzugs- oder Vertragszinsen.

Die Beschränkung auf die Zeit vor der K.Eröffnung, vgl. § 63 Nr. 1, hat nur auf die Geltendmachung von K.Forderungen, wovon hier im Tit. 8 allein die Rede ist, Einfluß; nicht auf Aus- oder Absonderungsansprüche.

§ 63. (56.)

Im Konkursverfahren können nicht geltend gemacht werden:

1. die seit der Eröffnung des Verfahrens laufenden Zinsen;
2. die Kosten, welche den einzelnen Gläubigern durch ihre Theilnahme an dem Verfahren erwachsen;
3. Geldstrafen;
4. Forderungen aus einer Freigebigkeit des Gemeinschuldners unter Lebenden oder von Todeswegen.

E. I. 65. P. 84.

1. Geltendmachung gegen den G.Schuldner.
2. Zinsen.
3. Kosten der Theilnahme.
4. Geldstrafen.
5. Forderungen aus einer Freigebigkeit.

1) Dadurch, daß die im § 63 bezeichneten Forderungen im K.Verfahren nicht geltend gemacht werden können, ist deren **Geltendmachung gegen den G.Schuldner** nicht ausgeschlossen. Mot. 270, 271. RG. 25. Febr. 1887, J.W. 115. Sie können aber wirksam im Konkurse nicht angemeldet werden, und sind selbst, soweit sie an sich unter den im § 3 aufgestellten Begriff der K.Forderung fallen, kraft der positiven Ausnahmebestimmung des § 63 nicht K.Forderungen, nehmen nicht an Abstimmungen und Akkorden Theil (§§ 95, 173); die Verjährung gegen sie wird nicht durch eine Anmeldung im Konkurse unterbrochen (B.G.B. § 209); sie sind dem Verbote des § 14 hinsichtlich des, dem G.Schuldner außer der K.Masse frei bleibenden Vermögens nicht unterworfen. Die Aufrechnung der Forderungen ist an sich nicht ausgeschlossen, soweit nicht § 55 Nr. 2 der Aufrechnung der Zinsen und Kosten entgegensteht, vgl. Anm. zu § 55.

2) Zu Nr. 1. **Zinsen.** Die Zinsen nach der K.Eröffnung werden als eine mit dem Zeitlaufe erst entstehende Forderung und daher auch entsprechend dem § 3 selbst begrifflich nicht als K.Forderung angesehen. Mot. 270. Dazu tritt für die Ausschließung vom K.-Verfahren der Grund, daß ihre Berücksichtigung die Vertheilung erschweren würde und bei Nichtberücksichtigung in der Regel kein Gläubiger dem anderen gegenüber schlechter gestellt ist. Betroffen sind nur Zinsen von K.Forderungen, nicht für Absonderungsrechte, RG. 6. April 1888, JW. 196.

Der Grund der Zinsenforderung (vertragsmäßige, gesetzlich, bez. Verzugszinsen) macht keinen Unterschied; aber die Zinsen seit der Eröffnung sind nur ausgeschlossen, wenn sie als Zinsenforderung des Liquidanten geltend gemacht werden sollen; nicht, wenn sie von ihm selbst gezahlt sind und ihre Erstattung als (Theil einer) Regreß- oder Schadensforderung beansprucht wird, welche schon bei der K.Eröffnung (als bedingter Anspruch) begründet war, so für den Indossanten, welcher einen Wechsel einlöst, Wechs.O. Art. 51, für den Bürgen, welcher Erstattung des gezahlten Vertrages auf Grund des zwischen ihm und dem G.Schuldner vor K.Eröffnung entstandenen Regreßverhältnisses verlangt, desgleichen bei Schadensansprüchen, vgl. RG. 8, 236.

3) Die **Kosten** der einzelnen Gläubiger **für ihre Theilnahme** am Verfahren, von den Massekosten nach § 58 Nr. 1 ausgeschlossen, können begrifflich auch nicht K.Forderungen sein, da sie ja erst nach der K.Eröffnung entstehen (§ 3 Abs. 1). Kosten des Gläubigers (Anwaltsgebühren 2c.) für Herbeiführung des Konkurses sind als vor der K.Eröffnung entstanden nicht von Nr. 2 betroffen und können als K.Forderungen liquidirt werden, soweit nicht Vorschußleistungen nach Anm. 3 zu § 58 selbst Massekosten sind.

Digitized by Google

4) Unter den **Geldstrafen** sind hier alle von öffentlichen Behörden erkannten Geldstrafen zu verstehen, gleichviel ob richterliche, polizeiliche, von Verwaltungsbehörden erkannte oder Disziplinarstrafen; nicht aber die Privatforderungen auf Buße nach Str.G.B. §§ 188, 231, oder nach dem R.Ges. v. 11. Juni 1870, 9., 10., 11. Jan. 1876, 7. Apr. 1891, 12. Mai 1894, 27. Mai 1896, 19. Juni 1901, welche den Charakter einer Entschädigung haben; und nicht Vertragsstrafen § 66 Nr. 2. — Ansprüche auf Konfiskation einzelner Sachen, z. B. Str.G.B. §§ 40, 295, 360, 367 und bei Zoll- und Steuerdefraudationen sind nicht Geldstrafen, sondern gehören zu den Aussonderungsansprüchen. Die Verpflichtung zur Werthersatzung nach § 335 Str.GB. ist eine Geldstrafe; die Beschlagnahme des Vermögens nach § 93 Str.G.B. versteht sich ohnehin nur unter Berücksichtigung aller Gläubiger, deducto aere alieno. Völderndorff zu 3, Meisner S. 231 Anm. 7.

5) Ob eine **Forderung aus Freigebigkeit** (animo donandi) begründet ist, ist nach den konkreten, thatsächlichen Verhältnissen zu beurtheilen. In welcher Art von Verträgen (Ehe- und Erbverträgen), letztwilligen Verfügungen oder sonstigen Erklärungen die Freigebigkeit zugesichert ist, und ob dies ohne Entgelt oder gegen ein nur scheinbares Entgelt geschehen ist, ebenso ob der Anspruch durch Urtheil schon zugesprochen ist, macht keinen Unterschied. Der Anspruch der Tochter auf Aussteuer kann im Konkurse eines Elterntheils nicht geltend gemacht werden, da die Voraussetzungen des § 1620 Abs. 1 B.G.B. im K.Fall nicht vorhanden sind. Demgemäß ist das Versprechen des G.Schuldners, eine Aussteuer zu gewähren, — da diese für den K.Fall nicht geschuldet wird — Freigebigkeit (Jäger Anm. 6). Ein Anspruch aus dem Gesetz auf Ausstattung besteht nach § 1624 a. a. O. nicht; ist die Verpflichtung durch Rechtsgeschäft begründet, so gilt das Anfangs dieser Anmerkung Gesagte. Die Angabe eines höheren Einkommens für die Vermögenssteuer begründet sicherlich nicht für diese Steuer den Charakter einer Forderung aus Freigebigkeit RG. 14, 118. Indeß nur „Forderungen" aus einer Freigebigkeit sind hier ausgeschlossen. Das durch eine Freigebigkeit des G.Schuldners vor der K.Eröffnung bereits rechtsgültig erworbene Eigenthum kann der Eigenthümer nach § 43 zurückverlangen, soweit nicht eine Anfechtung nach § 32 begründet ist. Ist aus Freigebigkeit ein Wechsel gegeben, so ist damit schon das Freigebigkeitsversprechen erfüllt und ein Einwand aus § 63 dagegen nicht mehr zulässig, RG. 3. Febr. 1886, J.W. 274, a.M. Jäger Anm. 5. Im § 63 Nr. 4 ist überhaupt nur von K.Forderungen die Rede, nicht von den außerhalb des K.Verfahrens fallenden Aussonderungsansprüchen des § 43 desgleichen (gegen Kohler S. 342) nicht von Absonderungsrechten. Zu den Forderungen aus Freigebigkeit gehören auch die Ansprüche aus letztwilligen Zuwendungen. Danach wären nach § 63 Ansprüche aus letztwilligen Verfügungen des Erblassers im Nachlaßkonkurse, in dem als G.Schuldner der Erblasser gilt, nicht geltend zu machen, nach der besonderen Bestimmung des § 226 sind aber die Verbindlichkeiten der vom Erblasser angeordneten Vermächtnisse und Auflagen (35) — im Range allerdings erst hinter allen übrigen Verbindlichleiten — als K.Forderungen anerkannt. Im Konkurse über das Vermögen eines Erben oder Legatars sind, da hier seine Schulden in Betracht kommen, auch die auf Grund der letztwilligen Verfügung seines Erblassers von ihm zu gewährenden Legate K.Forderungen, welche auf der gesetzmäßigen Verpflichtung des Erben und nicht auf seiner Freigebigkeit beruhen. Petersen-Kleinfeller Anm. II. 3; Oetker 1, 166. A.M. Völderndorff Anm. II. 4.

§ 64. (57.)

Ein Gläubiger, welcher abgesonderte Befriedigung beansprucht, kann die Forderung, wenn der Gemeinschuldner auch persönlich für sie haftet, zur Konkursmasse geltend machen, aus derselben aber nur für den Betrag verhältnißmäßige Befriedigung verlangen, zu welchem er auf abgesonderte Befriedigung verzichtet, oder mit welchem er bei der letzteren ausgefallen ist.

E. I. 66. P. 39. 185. 247. 248.

Digitized by Google

1. Grundsätzliche Behandlung des Absonderungsberechtigten, dessen Forderung, an sich betrachtet, K.Forderung ist.
2. Anmeldung, Prüfung und Feststellung der Forderung als K.Forderung.
3. Berücksichtigung des muthmaßlichen Ausfalls bei Abstimmungen und Abschlagsvertheilungen.
4. Nachweis des Ausfalls oder des Verzichts bei Dividendenzahlungen, bei der Schlußvertheilung.
5. Voraussetzung ist Absonderungsanspruch an einem Gegenstand der K.Masse und persönliche Forderung gegen G.Schuldner.
6. Verzicht
7. Schlußsatz läßt die Rechte der Gläubiger nach der K.Beendigung unberührt. — Wirkung des Zwangsvergleichs in Ansehung des Absonderungsrechts, des Ausfalls.

1) Die KO. geht von dem **Grundsatze** aus, daß der Hypothekengläubiger, und der Gläubiger, dem das Pfandrecht an einer beweglichen Sache zusteht, und überhaupt jeder **Absonderungsgläubiger hinsichtlich einer Forderung, für welche der G.Schuldner persönlich haftet,** welche also abgesehen von dem Absonderungsrechte begrifflich (§ 3) eine K.Forderung ist, soweit er nicht auf abgesonderte Befriedigung verzichtet, „nur K.Gläubiger für denjenigen Betrag seiner Forderung ist, der durch das Absonderungsrecht nicht gedeckt, nicht berichtigt wird". Mot. 274. Er kann niemals kumulativ aus dem Absonderungsgegenstande und zugleich aus der übrigen Masse denselben Theil seiner Forderung erlangen, **RG. 16,** 68.

2) Für die Anfangsstadien des Konkurses wird jedoch (abw. von E. I. § 66) dem Absonderungsberechtigten eine Zuziehung ohne Verzicht und bevor noch der Ausfall feststeht, gestattet. Er kann zunächst den vollen Betrag der Forderung (als Ausfallsforderung) **anmelden:** „die Forderung zur K Masse geltend machen", § 64, und zur **Prüfung als K.Forderung** bringen; sie würde als solche, ihre Begründung vorausgesetzt, als Forderung in Höhe des sich ergebenden Ausfalls, also vorbehaltlich des Nachweises des Ausfalls anzuerkennen, mit diesem Vorbehalte **festzustellen** und in die Tabelle einzutragen sein; **RG. 26,** 112; 24. Sept. 1895 JW. 479. Gegen den Verwalter oder einen (bestreitenden) Gläubiger, welcher die angemeldete Forderung nur als Ausfallsforderung anerkennt, kann der Liquidant, welcher abgesonderte Befriedigung beansprucht, ohne den Nachweis des Ausfalls nicht den Fortfall des Vorbehalts und unbeschränkte Feststellung verlangen. Die Erörterung darüber, ob eine angemeldete Forderung mit einer Deckung dergestalt in Verbindung steht, daß sie nur als Ausfallsforderung anzuerkennen ist, kann im Feststellungsverfahren und Prozesse erfolgen; zumal das gesammte Theilnahmerecht des Gläubigers, Stimmrecht, Vertheilung §§ 96, 153, durch den Vorbehalt beschränkt ist. **RG. 26,** 112; vgl. **Anm.** zu § 144. A.M. **RG. 22,** 154: Oetker **I,** 471 ff. Wenn erst nach einer vollen Feststellung der Gläubiger abgesonderte Befriedigung beansprucht (vgl. Oetker 472), so kann natürlich erst dann die Erörterung bei Gelegenheit der Fragen über das Stimmrecht oder die Vertheilung stattfinden; einer entsprechenden Nachtragung in der Tabelle bedarf es dann ebensowenig, wie einer sonstigen Nachtragung bei nachträglicher Zahlung. In keinem Falle ist durch die Feststellung der Forderung zugleich das Bestehen des Rechts auf abgesonderte Befriedigung festgestellt.

3) Die Ausfallforderung kann in Höhe ihres **„muthmaßlichen Ausfalls"** an **den Abstimmungen** der Gläubiger und bei **Abschlagsvertheilungen** Theil nehmen. §§ 96, 153 Abs. 2. Die nach diesem muthmaßlichen Ausfalle berechnete Dividende wird jedoch dem Gläubiger nicht ausgezahlt, sondern nur für ihn reservirt und zurückbehalten (§ 168 Nr. 3).

4) Die Dividende wird dem Gläubiger nur nach dem **Nachweis seines Ausfalls oder Verzichts ausgezahlt.** §§ 153 Abs. 1, 155. Bei der definitiven **Schlußvertheilung** wird die Forderung überhaupt nur in der Höhe desjenigen Betrages berücksichtigt, zu welchem der Absonderungsberechtigte prinzipiell nur K.Gläubiger ist, also nur in Höhe des erweislichen wirklichen Ausfalls oder eines endgültigen Verzichts auf abgesonderte Befriedigung. Dabei werden auch diejenigen Beträge, welche bei Abschlagszahlungen zurückbehalten waren, für die Schlußvertheilung zu Gunsten der anderen K.Gläubiger frei, wenn bei derselben der Gläubiger nicht auf sein Absonderungsrecht verzichtet oder seinen Ausfall nachweist. § 156. Für die „Befriedigung" des Gläubigers bleibt daher der Schlußsatz des § 64 maßgebend. **RG.** 29. Januar 1884, JW. 89.

Digitized by Google

5) Die **Anwendung des § 64 setzt voraus**, daß der Gläubiger einen **Absonderungsanspruch hinsichtlich eines Bestandtheils der K.Masse des G.Schuldners** (nicht des Vermögensobjekts eines Dritten, Anm. 2 zu § 43) und zwar an der, vom Verwalter als Istmasse behandelten Masse (durch ausdrückliche Erklärung oder konkludent) beansprucht, vgl. Oetker 1, 465—468. Das Pfand eines Dritten hindert ihn überhaupt nicht, volle Befriedigung aus der K.Masse ohne Rücksicht auf dies Pfand zu fordern, so lange er nicht befriedigt ist. Auch eine vertragsmäßige dem G.Schuldner ertheilte Befugniß zur Veräußerung bez. Verpfändung einer fremden Sache macht diese nicht zu einem Theile des Vermögens des G.Schuldners, also nicht zu einem Theile der K.Masse; der Gläubiger, welchem auf Grund dessen die Sache verpfändet ist, ist daher nicht als Absonderungsberechtigter zu behandeln, RG. 14. Juni 1887, JW. 328. Eine durch Aufrechnungsbefugniß theilweise gedeckte Forderung ist keine Ausfallforderung im Sinne des § 64, RG. 26, 110, 116. War dem Gläubiger *nur zur Sicherung seiner Forderung eine Forderung des G.Schuldners abgetreten*, so hat er an dieser auch nur das Absonderungsrecht und kann nicht seine eigene Forderung voll und anders als nach §§ 64, 153 ff. liquidiren, auch nicht ein Aussonderungsrecht an der abgetretenen Forderung beanspruchen; dies entspricht dem öffentlichen Interesse an der Regelung der Kreditverhältnisse uud in der Regel auch der sachgemäßen Auslegung der betreffenden Willenserklärungen, welche als *Endresultat* nicht die absolute Ausscheidung der Forderung aus dem Vermögen des Schuldners, sondern nur die entsprechende Befriedigung des Gläubigers wollen. RG. 24, 45. A.M. Petersen-Kleinfeller und Sarwey Bossert Anm. I; vgl. Anm. 9 Schluß zu § 48. § 35 Abs. 1 des Hypothekenbankgesetzes gewährt den Pfandbriefgläubigern kein Absonderungsrecht im Konkurse der Hypothekenbank, bestimmt aber „entsprechende" Anwendung des § 64.

Die weitere Voraussetzung des § 64 ist, daß der Gläubiger auch **persönlicher Gläubiger des G.Schuldners** ist. Ob Jemand persönlicher Gläubiger ist, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden, § 3. Haftet der G.Schuldner persönlich, so „kann" der Gläubiger im Konkurse liquidiren und kann gegenüber diesem durch die K O. ihm zugestandenen Rechte nicht auf Grund des § 777 C.P.O. darauf verwiesen werden, daß er sich zuvörderst an das Pfand halten müsse. Dies gilt aber nach der K.O. nur hinsichtlich der Rechte für den muthmaßlichen Ausfall. Im Uebrigen bestimmt die K.O. selbst eine solche Verweisung auf das Pfand, indem der Gläubiger nur wegen des Ausfalls oder nach Verzicht zur definitiven Perzeption kommt, und diese Beschränkungen sind wegen der dadurch bedingten Qualität als K.Forderung (auch beim Zwangsvergleich) selbst dann zu berücksichtigen, wenn vertragsmäßig bestimmt war, daß sich der Gläubiger nach seinem Belieben an das Pfand oder an die Person halten könne, und auf das Recht aus § 777 a. a. O. verzichtet ist. RG 6, 66.

6) **Verzicht.** Der Verzicht muß dem Verwalter gegenüber erklärt sein (Anm. zu § 153) und die gesammte abgesonderte Befriedigung (nicht bloß einzelne Befugnisse: Behalten des Besitzes, Zwangsverwaltung) betreffen. Durch die Anmeldung und das Prüfungsverfahren, ebenso durch eine Betheiligung an Gläubigerversammlungen verliert der Gläubiger sein Absonderungsrecht nicht und verzichtet er hierdurch nicht darauf, auch wenn er seine Forderung nicht als Ausfallforderung charakterisirt; nur auf das Recht auf „verhältnißmäßige Befriedigung" hat die Schlußbestimmung Einfluß. R.O.H. 24, 217; RG. 1, 183. Wolff, Absonderungsrecht S. 243 Anm. 4. Nach Mot. 274 sollen „stillschweigende" Verzichte nicht wirken. Richtig ist aber, daß Verzichte auch durch schlüssige Handlungen erklärt werden können, wenn nur der Schluß auf den Verzicht unzweifelhaft ist. Durch die Anmeldung und das Prüfungsverfahren, ebenso durch eine Betheiligung an Gläubigerversammlungen verliert der Gläubiger sein Absonderungsrecht nicht und verzichtet er hierdurch nicht darauf, auch wenn er seine Forderung nicht als Ausfallforderung bezeichnet. Ob schon ein Mitstimmen im Zwangsvergleichsverfahren einen Verzicht enthält, ist Sache thatsächlicher Würdigung und ist in der Regel nicht anzunehmen. Aus der vorbehaltlosen Annahme der Akkordrate folgt noch nicht nothwendig ein Verzicht auf das Absonderungsrecht. Vermöge der rechtsgeschäftlichen Natur der Zahlung ist für Bedeutung und

Digitized by Google

Wirkung des Zahlungsaktes der übereinstimmende Wille von Gläubiger und Schuldner entscheidend. RG. 15. März 00 JW. S. 344 f., 23. Nov. 95 JW. 1896 S. 34, vgl. indeß die früheren Entsch. RG. 1, 183, 16, 68. Grundsätzlich ist danach in jedem Falle zu untersuchen, ob der Gläubiger mit Annahme der Akkordrate sein Absonderungsrecht aufgeben wollte.

Hat der Gläubiger im Konkurse auf sein Pfandrecht verzichtet, so bleibt dies gegen und für ihn auch nach dem Konkurse wirksam. Das Pfandrecht ist durch seine eigene Willenserklärung für immer beseitigt.

7) Der Schlußsatz: „aus derselben" u. s. w. trifft, wie er ausdrücklich sagt, nur die Befriedigung aus der K.Masse. Die Forderung wird dadurch nicht auch behufs der Geltendmachung außerhalb des K.Verfahrens fällig (vgl. Anm. 1 zu § 65). Die Rechte des Gläubigers, welche er nach der K.Beendigung gegen den G.Schuldner persönlich geltend machen kann, sind dadurch unberührt; ebenso die Vertheidigung des G.Schuldners hiergegen; so dessen Recht, den Gläubiger zunächst auf das Pfand zu verweisen (§ 777 C.P.O.) und ein Verzicht des G.Schuldners auf dies Recht, wenngleich ein derartiger Verzicht in Ansehung der Konkursbetheiligung rechtsunwirksam ist, Anm. 5. Aus demselben Grunde braucht der Absonderungsgläubiger, welcher im Konkurse auf sein Absonderungsrecht nicht verzichtet hat, dasselbe nach einem Zwangsvergleiche nicht gegen die Akkordrate aufzugeben, Anm. zu § 173, auch nicht, wenn er seine Forderung im Konkurse angemeldet hat, vgl. vorst. Anm. 6. Hinsichtlich des Ausfalls indeß, derselbe mag während des Konkurses, oder erst nach dessen Beendigung festgestellt werden, hat er überhaupt kein Absonderungsrecht mehr, sondern ist er nur K.Gläubiger, auch wenn er vorher nicht verzichtet hat. Er ist hinsichtlich dieses Ausfalls gemäß § 173 mithin (ohne Rücksicht darauf, ob er angemeldet hat) den Wirkungen des Zwangsvergleichs unterworfen, sowie berechtigt, dieselben für sich in Anspruch zu nehmen. Obtr. 43, 431, 432.

§ 65. (58.)

Betagte Forderungen gelten als fällig.

Eine betagte unverzinsliche Forderung vermindert sich auf den Betrag, welcher mit Hinzurechnung der gesetzlichen Zinsen desselben für die Zeit von der Eröffnung des Verfahrens bis zur Fälligkeit dem vollen Betrage der Forderung gleichkommt.

E. I. 67. P. 249.

1. Unterschied zwischen Betagung und Bedingung.
2. Abs. 1 gilt für alle K.Forderungen und nur für K.Verfahren, hier aber in allen Beziehungen.
3. Abs. 2 besonderer Fall des Abs. 1.
4. Gesetzliche Zinsen.
5. Abrechnung der Zwischenzinsen bei bestimmter Fälligkeitszeit; liegt dies incertus quando vor, Abrechnung ausgeschlossen.

1) Ob eine Forderung eine betagte (§ 65) oder eine bedingte und als solche nach §§ 66, 67 zu behandeln, hängt davon ab, ob der Eintritt des Ereignisses, von dem die Wirkung des die Forderung begründenden Rechtsgeschäfts abhängt, gewiß oder ungewiß ist (vgl. Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 1 S. 461) — §§ 158 ff. B.G.B. Kündbare Forderungen gelten als betagte, nicht bedingte, Strieth. 85, 112. RG. 9, 229. Für Zwangsversteigerungen in das unbewegliche Vermögen vgl. §§ 111, 119 ff., 48 des Zwangsversteigerungsges. v. 24. März 1897, § 163 B.G.B. In allen Fällen ist vorausgesetzt, daß der Anspruch selbst zur Zeit der K.Eröffnung schon begründet ist. Anm. 7 zu § 3.

2) Die für den Konkurs gegebene Vorschrift des Abs. 1 gilt für alle Konkursforderungen, von welchen allein § 65 und der gesammte achte Titel handelt, und nur für die Betheiligung am K.Verfahren; dagegen nicht hinsichtlich der Geltendmachung gegen den G.Schuldner außerhalb des K.Verfahrens; auch nicht gegen Mitverpflichtete, RG. 3, 357; ebenso nicht für oder gegen Absonderungsberechtigte hinsichtlich ihres Absonderungsanspruchs; und ferner in Betreff der nach den §§ 17 ff. schwebenden Verpflichtungen nur

Digitized by Google

insoweit, als sich daraus nach jenen Vorschriften eine K.Forderung ergiebt. Daher werden betagte Hypothekenforderungen als solche zur Betreibung der Zwangsversteigerung, welche außerhalb des K.Verfahrens fällt, durch den Konkurs nicht fällig; ebenso nicht die Forderungen der Gläubiger, denen an beweglichen Sachen oder Forderungen ein Pfandrecht zusteht in Ansehung ihrer Rechte an dem Pfandgegenstande. **Hinsichtlich der K.Forderungen im Konkursverfahren gilt** dagegen die **Vorschrift in allen Beziehungen**, nicht bloß (wie in P. § 249) für die Vertheilung, sondern auch für Kompensationen, § 54, für Beschlußfassungen der Gläubiger und für die Feststellung selbst. Die Forderung gilt auch gegen den K Gläubiger selbst als mit der K.Eröffnung fällig geworden. Mot. 276. Der Gläubiger kann deshalb eine erst später fällige, ebenso eine nicht auf Reichswährung, sondern auf bestimmte Werthpapiere oder andere Leistungen gerichtete Forderung nur nach deren zeitigem Werthe (nach der Zeit der K.Eröffnung berechnet) und eine betagte unverzinsliche Forderung nur nach Abs. 2 anmelden und feststellen lassen. Wenn er anmeldet, muß sich der Gläubiger mit dem Werthe zur Zeit der K.Eröffnung begnügen; es steht ihm aber frei, zu warten und erst nach dem Konkurse sein Recht zu verfolgen. Anm. zu § 12.

3) Abs. 2 behandelt einen **besonderen Fall des Abs. 1.** Er findet nur auf eine betagte unverzinsliche Forderung Anwendung. Ist eine Forderung verzinslich, wenngleich zu einem geringeren Prozentsatze als dem gesetzlichen, so findet überhaupt kein Abzug wegen Zwischenzinsen statt und die Beschränkung des Abs. 1 durch Abs. 2 fällt dann fort. — Die unverzinsliche Forderung vermindert sich um den Zwischenzins (Diskonto). Für die Berechnung desselben ist die Carpzow'sche Methode: vom Kapitale die Zinsen desselben für den Zeitraum zwischen der K.Eröffnung bis zum Verfalltage abzuziehen, als unrichtig abgelehnt; desgleichen die Methode von Leibnitz, welche nicht nur die im Abs. 2 bezeichneten Zinsen, sondern auch die Zinseszinsen hinzurechnen läßt. In Uebereinstimmung mit P. § 149 ist die Hoffmann'sche Methode zur Berechnung gewählt.

Die Zeitberechnung erfolgt a die ad diem vom Tage der K.Eröffnung an gerechnet. Nach deutschem Handelsgewohnheitsrechte, welches in Handelssachen nach allgemeinen Grundsätzen (vgl. Staub, Einleitung z. H.G.B. Anm. 23 ff.) anzuwenden ist, wird das Jahr zu 360 Tagen und jeder Monat zu 30 Tagen gerechnet. Für Handelssachen ist diese Berechnung daher auch hier obligatorisch. Für andere Forderungen ist strenge von Tag zum Tage zu rechnen. Sarwey-Bossert Anm. 2; theilweise abw. für die Handelsberechnung auch bei anderen Forderungen Hullmann Anm. 2 und abw. für allgemeine Berechnung a die in diem auch bei Handelsforderungen Wolff Abs.R. S. 68. Wenn X den zu suchenden Betrag, A die Zahl der Jahre zwischen der K.Eröffnung und dem Fälligkeitstermine (eventuell in Zwölftel-Bruchtheilen der Monate oder 360stel der Tage ausgedrückt), und Z den Nominalbetrag der Forderung bezeichnet, so ist der Betrag für den Zinzfuß von 4 Prozent durch folgende Gleichung zu finden:

$$100 + (4 \times A) : 100 = Z : X;$$
$$\text{also } X = \frac{100 \times Z}{100 + (4 \times A)}$$

Für ein nach 1 Jahr 6 Mon. (= 540 Tagen) zahlbares Kapital von 1000 Mark ist der Betrag nach Abrechnung des Interusurium also

$$\frac{100 \times 1000}{100 + \left(4 \times \frac{540}{360}\right)} = \frac{100{,}000}{100 + 6} = \frac{100{,}000}{106} = 9943{,}39$$

Die Aenderungen bei Berechnung von 365 Tagen für das Jahr und für einen Zinsfuß von 5 oder 6 Prozent sind hiernach leicht zu finden.

4) Die **gesetzlichen Zinsen betragen** 4, bei „Handelsgeschäften" 5, für Wechselforderungen 6 Prozent. § 246 B.G.B., § 352 H.G.B., Artt. 50 f. W.O.

5) Die **Abrechnung der Zwischenzinsen** vom Tage der K.Eröffnung bis zur Fälligkeit muß erfolgen ohne Rücksicht darauf, zu welcher späteren Zeit die Forderung fällig wird und ob etwa zur Zeit der Anmeldung die Fälligkeit schon eingetreten ist. Ist aber der Fälligkeitstermin unbestimmt, insbesondere von einem Ereignisse abhängig, von welchem

Digitized by Google

zwar feststeht, daß es, aber nicht, wann es eintritt — **dies incertus quando** — wie der Todesfall einer Person (vgl. für das frühere Recht A.L.R. I. 4 §§ 126, 127), so ist eine Berechnung nach Abs. 2 nicht möglich. Es kommt dann § 69 für Forderungen, deren Geldbetrag unbestimmt ist, in Anwendung. Mot. 278. Dasselbe gilt, wenn der terminus a quo ungewiß ist. Prot. 55. Vgl. Anm. 1.

§ 66. (59.)

Forderungen unter auflösender Bedingung werden wie unbedingte geltend gemacht.

E. I. 68. P. 260 Nr 2.

1. Eintritt der Bedingung.
2. Verpflichtung des Gläubigers zur Sicherheitsleistung für den Fall des Eintritts der Bedingung bei Anmeldung und Prüfung. Feststellung im Prozeß.

1) Forderungen, deren Aufhebung zufolge einer auflösenden Bedingung (§ 158 B.G.B.) möglich ist, werden im Konkurse wie unbedingte geltend gemacht, angemeldet, auch ohne Beschränkung bei Beschlußfassungen der Gläubiger zugelassen und bei der Berechnung der Vertheilung zur vollen Höhe berechnet. Die Zulassung der „Geltendmachung" gleich den unbedingten nimmt aber dem durch den Verwalter vertretenen G.Schuldner nicht die Rechte aus dem Wegfall (insbes. § 812 a. a. O.) der Forderung bei **Eintritt der Bedingung**; auch nicht das Recht, Sicherheit wegen der Rückzahlung für den Fall des Eintritts der auflösenden Bedingung zu verlangen, sofern der Gläubiger dem G.Schuldner nach bürgerlichem Recht zu einer solchen Sicherheitsbestellung verpflichtet ist. Dies gilt auch für den Fall der Kompensation einer auflösend bedingten Forderung, vgl. Anm. 3 zu § 54. Die Forderung soll nicht als unbedingt „gelten" und ist deshalb, abweichend vom Ausdrucke des § 65, eine solche Wirkung hier nicht ausgesprochen. Die Antheile auf solche Forderungen sollen daher nach § 168 Nr. 4, sofern der Gläubiger zu einer Sicherheitsleistung verpflichtet ist und die Sicherheit nicht leistet, an ihn nicht ausgezahlt, sondern zurückbehalten werden.

2) Die **Frage, ob der Gläubiger zur Sicherstellung verpflichtet** ist, ist schon **bei der Anmeldung und Prüfung** der Forderung zu erledigen, nöthigenfalls im **Prozeßwege** zum Austrag zu bringen. Mot. 279. Vgl. Anm. zu § 168. Gegen den Einwand von Oetker, Grundbegr. I, 462 ff., daß der Verwalter wegen einer von ihm behaupteten und vom Gläubiger bestrittenen Sicherungspflicht nicht die unbedingte Feststellung bestreiten könne, wenn er die Forderung selbst nicht bestreite, und daß dies im Liquidationsprozesse des § 146 nicht zum Austrag zu bringen sei, ist zu berücksichtigen, daß § 66 durch § 168 Nr. 4 beschränkt ist und die verlangte unbedingte Geltendmachung daher vom Verwalter behufs der Erledigung im Liquidationsstreite ebensowohl bestritten werden kann, wie die Geltendmachung einer Forderung ohne Berücksichtigung einer einschränkenden gesetzlichen oder vertragsmäßigen Nebenbestimmung. Hullmann, Petersen-Kleinfeller und Sarwey-Bossert zu § 66; vgl. Anm. 1 zu § 64 u. zu § 144; **RG. 26, 112.**

§ 67. (60.)

Forderungen unter aufschiebender Bedingung berechtigen nur zu einer Sicherung.

E. I. 69. P. 205 Nr. 2.

1. Bedingung und Zeitbestimmung.
2. Thätigkeit des G.Schuldners als Bedingung.
3. Recht auf Sicherstellung aus bürgerlichem Recht.
4. Regreß- und Ausgleichsforderung des Cessionars, Bürgen, Mitschuldners.
5. Bürge und Mitschuldner neben dem Gläubiger im K.
6. Verhältniß des Gläubigers zum Bürgen des G.-Schuldners.
7. G.Schuldner als Bürge oder Mitschuldner, als Gesammtschuldner.
8. Ersatz- oder Befreiungsanspruch des Mitverpflichteten nach der K.Beendigung.
9. Stellung des bedingt berechtigten Gläubigers im Konkurse.
10. Umfang der Sicherung.

1) Ueber die Unterscheidung von Bedingungen und **Zeitbestimmungen** vgl. Anm. 1 zu § 65.

Digitized by Google

2) Forderungen unter aufschiebenden Bedingungen, deren Erfüllung von einer **Thätigkeit des G.Schuldners** abhängt, sind nicht K.Forderungen. Vgl. hierüber Anm. 7 zu § 3. Sie kommen also unter den im achten Titel hier behandelten K.Forderungen nicht in Frage.

3) Zu unterscheiden ist von den bedingten Forderungen, die nach § 67 zur Sicherung berechtigen, ein **an sich begründetes Recht auf Sicherstellung.** Ein derartiges, wenngleich unbedingtes, Recht kann im Konkurse als solches für sich allein nicht geltend gemacht werden, weil immer eine (bedingte oder unbedingte) bestimmte Forderung, welche unter dem Begriff einer K.Forderung (§§ 3, 69) fällt, vorliegen muß, Oetker 1, 157. Nur in Verbindung mit einer solchen kann das Recht auf Kautionsbestellung im Konkurse wirksam werden. Für unbedingte Forderungen wird es für den Konkurs unnöthig, da das K.-Verfahren selbst die Sicherung bez. Befriedigung, soweit sie möglich ist, bietet. Für bedingte Forderungen wird das Recht jedoch wesentlich, um auch für den Fall, wenn die Möglichkeit des Eintritts der Bedingung eine so entfernte ist, daß die bedingte Forderung einen gegenwärtigen Vermögenswerth nicht hat (§ 154), die Sicherung zu bewirken. (Vgl. unten A. 9).

4) Zu den suspensiv-bedingten Forderungen gehören die **Regreßforderung des Cessionars** aus der Gewährleistungspflicht des Cedenten. Bedeutungsvoll ist § 67 namentlich für die **Regreß- und Ausgleichungsansprüche der Bürgen und Mitschuldner** des Gemeinschuldners gegen ihn. Die K.O. giebt keine besonderen Vorschriften für diese, namentlich im Wechselverkehre häufigen Ansprüche und setzt die Anwendung der Bestimmungen über aufschiebend bedingte Forderungen auf dieselben voraus (vgl. Mot 282—285). Die aufschiebende Bedingung ist bei derartigen Ansprüchen die künftige Zahlung der Schuld des G.Schuldners Ein bedingter Anspruch gegen den G.Schuldner ist aber nur dann vorhanden, wenn die Regreß- und Ausgleichsforderung auf einem selbständigen Rechtsverhältniß gegenüber dem G.Schuldner, nicht bloß auf dem Eintritt in die Rechte des befriedigten Gläubigers (§§ 426, 774 B.G.B.) beruht. Vgl. Anm. 6 zu § 55. Uebereinstimmend Sarwey-Bossert Anm. 2, Hullmann Anm 3 zu § 60 a. F., Fitting § 8 Anm. 25, Oetker, Grundbegr. S. 150, Mandry-Geib § 42 Anm. 11. Dagegen soll auch im letzteren Fall § 67 Anwendung finden nach Wolff Anm. 6, Stieglitz Anm. II zu § 60 a. F. Als bedingt berechtigte K.Gläubiger sind auch diejenigen zu behandeln, welche für s. g. Gefälligkeitswechsel aus der Gefälligkeitsabrede eventuelle Regreßrechte haben (RG. 7, 80; Obtr. 46, 323; Strieth. 37, 192; 39, 128; 41, 329; 43, 147); desgleichen Indossanten eines Wechsels, welchen sie vor der K.Eröffnung begeben hatten und später einlösen müssen, R.O.H. 24, 1, vgl. Anm. 6 zu § 55, Anm. 9 zu § 3. — Die Forderungen der Bürgen und Mitschuldner können also im Konkurse als suspensiv bedingte angemeldet und geltend gemacht werden, und zwar in Höhe derjenigen Ansprüche, welche die Berechtigten im Falle ihrer Zahlung nach dem bürgerlichen Rechte haben; soweit es dieses gestattet, auch über den Umfang der Forderung des Hauptgläubigers hinaus. Abw. P. § 86. Die Beschränkungen, welche die P. § 86 dahin vorschreibt, daß sie vor Eintritt der Zahlung ihre bedingte Forderung nicht geltend machen können und daß sie nur durch Befriedigung des Hauptgläubigers in dessen Rechte gegen die Masse eintreten können, sind absichtlich beseitigt.

5) Streitig ist die Frage, ob der bedingt-berechtige **Bürge oder Mitschuldner** des G.Schuldners seine Forderung auch **neben dem Gläubiger,** d. h. wenn der Gläubiger seine unbedingte Forderung anmeldet, für sich anmelden und Feststellung verlangen kann (Gläubiger-Solidarität im Konkurse, im Gegensatze zu der Schuldner-Solidarität des § 68). Gegenüber den Mot. 282—285, welche dies bejahen und die Besorgniß doppelter Zahlung durch die Vorschriften über die Auszahlung für erledigt annehmen und der sich daran anschließenden früheren Entsch. des RG. 7, 80 ist mit RG. 9, 75; 14, 172 (verein. Civilsen.); 32, 87; 42, 35; 30. Januar 00 JW. S. 184, 15 anzunehmen, daß der Mitverpflichtete seine eventuelle Regreßforderung nicht mit dem Anspruche auf Sicherung einer besonderen Konkursdividende neben dem unbedingt-berechtigten Gläubiger geltend machen darf. Die Schuld ist rücksichtlich der K.Masse nur eine, wenngleich aus verschiedenen Funda-

Digitized by Google

menten unter Umständen verschiedene Berechtigte sie geltend machen können. Sie kommt für die Feststellung, Berechnung und Erhebung der darauf fallenden Dividende und ebenso für die Akkordrate beim Zwangsvergleiche nur einmal zum Ansatz. Derselbe Grundsatz der Einheitlichkeit des Rechtsverhältnisses führt auch beim Gegenüberstehen der Ansprüche des G.Schuldners und K.Verwalters, welcher für einen Dritten Wechselaccepte durch Dividenden theilweise gedeckt hat und dieses Dritten hinsichtlich der von ihm zur Deckung der Wechsel gegebenen Beträge zur Ausgleichung in den Dividenden für letztere gegenüber den Wechseldeckungs-Dividenden, RG. 32, 84. — Wenn der Regreß lediglich auf den Eintritt in die Rechte des befriedigten Gläubigers beruht, kommt § 67 überhaupt nicht zur Anwendung (vgl. oben A. 4). In Betreff dessen, was der Bürge oder Mitschuldner schon gezahlt hat, bleibt natürlich seine unbedingte Forderung an die K.Masse, nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beurtheilen, Strieth. 35, 302; 41, 274.

6) **Das Verhältniß des Gläubigers zum Bürgen des G.Schuldners** wird durch die K.O. als außerhalb des K.Verfahrens fallend nicht modifizirt und ist nach dem bürgerlichen Rechte zu beurtheilen, B.G.B. §§ 765 ff.; RG. 4, 123 (vgl. indeß § 193 K.O.); ebenso die Verhältnisse **der Bürgen unter einander**, § 774 Abs. 2 a. a. O., R.O.H. 1, 102; 18, 171; 24, 99.

7) Ist der **G.Schuldner Bürge oder Mitschuldner** für ein Schuldverhältniß, so stehen ihm bez. dem Verwalter natürlich alle Einreden aus diesem Verhältnisse (Einrede der Vorausklage, der Theilung u. s. w.) nach dem bürgerlichen Rechte zu. Für den Fall, daß der **G.Schuldner als Gesammtschuldner** neben Anderen haftet, bestimmt § 68.

8) **Ein Ersatz- oder Befreiungsanspruch** eines **Mitverpflichteten nach** der **K.Beendigung** oder unabhängig vom Konkurse ist vom § 67 nicht berührt, RG. 9. Mai 1885, JW. 268.

9) Nicht Jeder, welcher eine suspensiv-bedingte Forderung an den G.Schuldner hat, soll durch die K.Eröffnung ein absolutes Recht auf Sicherstellung erlangen. **Die Stellung des bedingt-berechtigten Gläubigers im Konkurse** ist vollständig nur unter Vergleichung der §§ 54 Abs. 3, 67, 96, 154, 156, 168 Nr. 2, 169, 171 zu erkennen und gilt § 67 nur in Verbindung mit diesen übrigen Vorschriften. Nach dem Systeme der K.O. wird dem Bedingt-Berechtigten vorläufig ein Recht auf Sicherung im Konkurse ohne Rücksicht darauf, ob er civilrechtlich Sicherstellung verlangen könnte, gewährt und zwar dahin: Die Antheile werden für die Forderung bei einer Abschlagsvertheilung berechnet, wie wenn die Forderung eine unbedingte wäre; sie werden aber dem Gläubiger nicht ausgezahlt, sondern zurückbehalten und nach Anordnung des Gerichts hinterlegt, bis die Bedingung eingetreten ist, §§ 154 Abs. 1, 156, 168 Nr. 2, 169. Bei der Schlußvertheilung wird jedoch, wenn bis dahin die Bedingung nicht schon eingetreten ist, die aufschiebende Forderung nicht mehr berücksichtigt, wenn die Möglichkeit des Eintritts eine so entfernte ist, daß die bedingte Forderung einen gegenwärtigen Vermögenswerth nicht hat. In diesem Falle werden aber auch die Antheile, mit welchen der Gläubiger bei dem Abschlagsvertheilen berücksichtigt war, für die Schlußvertheilung frei. Im entgegengesetzten Falle bleiben die Antheile bis zur Entscheidung über den Eintritt der Bedingung hinterlegt. §§ 154 Abs. 2, 156—167. Dem entsprechen auch die Vorschriften für die Kompensation bedingter Forderungen, §§ 54 Abs. 3, 171. Mot. 233, 297—282.

An Beschlußfassungen der Gläubiger nimmt der Bedingt-Berechtigte unter den im § 96 festgesetzten Beschränkungen Theil. Im Uebrigen kann er im Konkurse gleich einem Absonderungsberechtigten (s. Anm. 1 zu § 64) den vollen Betrag der Forderung als Sicherungsberechtigter anmelden und zur Prüfung bringen. Der Anspruch würde, die Begründung der bedingten Forderung vorausgesetzt, als sicherungsberechtigt für Abschlagsvertheilungen, und ferner, sofern nicht die Ausnahme des § 154 Abs. 2 zutrifft, auch als sicherungsberechtigt für die Schlußvertheilung festzustellen sein. Die Vermerke über die desfallsigen Beschränkungen der Feststellung sind in der Tabelle mit aufzunehmen. Vgl. Anm. zu § 140. Die Verfolgung der Feststellung streitig gebliebener Forderungen muß im Antrage diese Beschränkungen ebenfalls kennzeichnen.

Digitized by Google

10) Die **Sicherung**, zu welcher der Gläubiger berechtigt sein soll — eine durch die K.O. für die materiellen Rechte der K.Gläubiger bestimmte civilrechtliche, nicht eine nach C.P.O. § 108 zu beurtheilende prozessualische — ist **nur die in den §§ 154, 156, 168, 169, 171 näher angegebene**. Es handelt sich nur um die Sicherung einer K.Forderung für den antheilsmäßigen Betrag, welchen der Gläubiger bekäme, wenn seine Forderung eine unbedingte wäre. Diese Sicherung erhält er durch Zurückhaltung und Sicherung des auf seine Forderung fallenden Antheils. Vor Ermittelung eines solchen kann er als K.Gläubiger ebensowenig Sicherung verlangen, wie ein unbedingt Berechtigter Zahlung fordern könnte; und über den Antheil hinaus hat er überhaupt kein individuelles Recht. Dies folgt aus den allgemeinen Grundsätzen über die Rechte der K.Gläubiger, vgl. insbes. §§ 12, 138 ff.

§ 68. (61).

Wird über das Vermögen mehrerer oder einer von mehreren Personen, welche neben einander für dieselbe Leistung auf das Ganze haften, das Konkursverfahren eröffnet, so kann der Gläubiger bis zu seiner vollen Befriedigung in jedem Verfahren den Betrag geltend machen, den er zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens zu fordern hatte.

E. I. 70. P. 87.

1. Grundsatz; Voraussetzung der gesammtschuldnerischen Haftung zur Zeit der K.Eröffnung.
2. Voraussetzung der K.Eröffnung bei einem Mitverpflichteten.
3. Rückgriff gegen Zuvielerhebung.
4. Abrechnung erfolgter Zahlungen.

1) **Gesammtschuldnerische Haftung.** Voraussetzung des § 68 ist, daß außer dem G.Schuldner noch ein anderer oder mehrere Schuldner für die Forderung auf das Ganze (in solidum) haften (§§ 421 ff. B.G.B.), und daß jetzt, d. h. **zur Zeit der K.Eröffnung**, der Gläubiger berechtigt ist, die ganze Forderung gleichzeitig gegen jeden Schuldner geltend zu machen. Es macht dabei keinen Unterschied, ob die Leistung aus einer Einheit oder einer Mehrheit von Obligationen geschuldet wird, eine Korreal- oder Solidar-Obligation — wie das bisherige Recht unterschied — vorliegt, „ob die Verhaftung der Einzelnen auf demselben oder auf selbständigem, auf gleichen oder verschiedenen Rechtsgründen beruht, ob der Eine durch Uebernahme der Schuld eines Anderen oder durch Verbürgung für dieselbe haftbar geworden ist, ob ursprünglich die Schuld des Einen die prinzipale, die des Anderen eine subsidiäre war." Mot. 288. Jene Voraussetzung trifft namentlich für das Recht des Wechselinhabers zu, sich an jeden Wechselverpflichteten als Gesammtschuldner zu halten (W.O. Art. 81), RG. II, 18. Ist dagegen die Verhaftung des G.Schuldners für das Ganze oder für die Antheile der Anderen zur Zeit der K.Eröffnung nur insoweit begründet, als nicht von diesen Zahlung geleistet wird, also nur durch spätere Nichtzahlung Anderer bedingt, so besteht gegen den G.Schuldner keine K.Forderung auf das Ganze, sondern nur auf den nach Abzug der demnächstigen Zahlung verbleibenden Rest. Der G.Schuldner und sein Mitschuldner haften dann nicht, wie § 68 verlangt, „neben einander auf das Ganze". Dasselbe ist der Fall, wenn neben dem unbedingt haftenden G.Schuldner ein Anderer nur bedingt haftet. So Mot. 288. Abw. will Fitting § 10 Anm. 20 den § 68 auch auf solche bedingte Mithaft anwenden. Vgl. Petersen-Kleinfeller Anm. II Nr. 6.

Für den Fall solcher Solidarhaftungen würde es zu unpraktischen Resultaten führen, wenn der Gläubiger nach jeder Theilzahlung aus einem der Konkurse sich den Betrag dieser Zahlung anrechnen lassen müßte und also nur vom Restbetrage noch die Dividende beanspruchen könnte. Er müßte mithin bei Insolvenz aller Verhafteten immer an seiner Forderung verlieren, auch wenn die verschiedenen Massen Dividenden von zusammen mehr als 100 Prozent ergäben. Solchem Resultate soll § 68 entgegentreten. Der Gläubiger soll den Nominalbetrag seiner Forderung bei allen K.Massen bis zu seiner vollen Befriedigung geltend machen können, d. h. er kann in jedem Konkurse den ganzen Betrag seiner

Digitized by Google

Forderung anmelden; derselbe ist in voller Höhe festzustellen und sein Antheil ist nach dem Gesammtbetrage zu berechnen; es soll den anderen K.Gläubigern nicht zu Gute kommen, daß er noch von anderen Mitschuldnern etwas bekommen kann. RG. 9, 77; 29. Okt. 1890, JW. 411. Ob dies nur eine auf Billigkeitsgründen beruhende Ausnahmevorschrift ist (Mot. 287) oder durch einen allgemeinen K.Grundsatz sich rechtfertigt, daß für die Berechnung der Höhe der K.Forderung die Sachlage zur Zeit der K.Eröffnung auch bei theilweiser späterer Erledigung der Forderung entscheidend sei (RG. 2, 179 u. Sarwey-Bossert Anm. 2), kann hier auf sich beruhen. — Haftet dem Gläubiger außerdem noch ein Pfand eines der Schuldner, so kommt für das K.Verfahren über dessen Vermögen (nicht für den Konkurs eines anderen Mitschuldners) der § 64 neben § 68 zur Anwendung. — Vgl. zur Anwendung des § 68 Anm. zu § 212.

2) Im E. I. § 70 war als fernere Voraussetzung gemäß der französischen Gesetzgebung aufgenommen, daß über alle neben einander Verpflichteten der Konkurs ausgebrochen ist. Mit dem letzten K.Ausbruch sollte das Ausnahmerecht erst begründet sein. Mot. v. 1873 S. 375. Im Entw. v. 1875 § 61 wurde dies dahin geändert, daß nicht bloß über das Vermögen Eines, sondern mehrerer Verpflichteten, wenngleich nicht über alle, Konkurs eröffnet sein mußte. Das Ausnahmerecht des Gläubigers sollte mit dem ferneren K.Ausbruch eintreten. (So auch P. § 87.) Mot. 288, 289. Von der R.K. ist dann § 61 dahin geändert, daß es nur **Voraussetzung** ist, **daß außer dem G.Schuldner noch ein Anderer verpflichtet ist, daß der Konkurs über das Vermögen** „mehrerer, oder **eines von mehreren" neben einander Verpflichteten** eröffnet ist. Prot. 55—58, 131. Unerheblich ist es daher, ob außer dem Konkurse des G.Schuldners noch über das Vermögen des oder der Mitverpflichteten Konkurs eröffnet ist. In jedem Konkurse ist im Sinne des § 68 die Forderung, wie sie zur Zeit der K.Eröffnung und zwar als eine damals mehreren solidarisch Verpflichteten obliegende Schuld bestand (Anm. 1, 4) geltend zu machen. In jedem Konkurse bleibt der Gläubiger berechtigt, in dieser Höhe an Vertheilungen und Akkorden (bis zur vollen Befriedigung) Theil zu nehmen, ohne daß Zahlungen, welche nach der K.Eröffnung aus anderen K.Massen oder von einem anderen Mitschuldner erfolgen, auf das Theilnahmerecht einen Einfluß haben und von der K.Forderung abzurechnen sind. Vgl. Mot. 288, 289 und Kohler § 59.

3) Eine Vorsorge, daß der Gläubiger mit Hülfe dieses Ausnahmerechts nicht mehr erhält, als ihm gebührt, ist als unnöthig nicht getroffen. „Die civilrechtlichen Folgen sollen bestehen bleiben, sofern der Gläubiger wider besseres Wissen mehr erhebt. Sonst mögen die K.Verwalter ihre Rechte wahrnehmen." „Verbleibt in den Händen des befriedigten Gläubigers oder in einer Masse ein Ueberschuß, so tritt unter den Massen der **Rückgriff** ein nach dem unter den Soldidarschuldner bestehenden Rechtsverhältniß. Derselbe Rückgriff findet statt einer Masse gegenüber, zu welcher der Gläubiger sich nicht gemeldet hat." Mot. 289; vgl. § 426 B.G.B. Ueber die Verfolgung von Ansprüchen wegen Zuvielerhebung gegen einen Gläubiger vgl. Anm. 2 zu § 162. Der Rückgriff für die eine Masse gegen eine andere ist ein unbedingter Anspruch, wenn aus jener schon über den dem Rechtsverhältnisse entsprechenden Antheil hinaus gezahlt ist; ein bedingter, wenn die Zuvielzahlung nur erst in der Aussicht oder in der Möglichkeit liegt. Der Anspruch ist weder (gegen Völderndorff Anm. zu II zu § 61 a. F.; Petersen-Kleinfeller Anm. IV; Sarwey-Bossert Anm. 5; theilw. Fitting § 10 Anm. 22; Endemann S. 494 Anm. 65) allemal eine K.Forderung, noch stets ein Masseanspruch wegen rechtloser Bereicherung. Ob das Eine oder das Andere der Fall, ist nach dem bestehenden Rechtsverhältnisse zu beurtheilen. Werden vom Inhaber eines Wechsels die K.Massen eines Indossanten und des Acceptanten in Anspruch genommen, so kann für die K.Masse des Indossanten das daraus Gezahlte gegen die Masse des Acceptanten beansprucht werden, indeß nur als K.Forderung, wie der Indossant selbst, wenn über sein Vermögen nicht Konkurs eröffnet wäre, auch nur als K.Gläubiger liquidiren könnte; dadurch, daß er in Konkurs verfiel, erhält er für seine K.Masse nicht mehr Rechte. Liegt endlich dem Rechtsverhältnisse ein Vertrag zu Grunde, welchen ein Verwalter nach § 17 erfüllen will, so daß zur Erfüllung die Voll- oder

Digitized by Google

Theilzahlung einer aus einer anderen Masse bezahlten Forderung gehört, so besteht ein Masseanspruch, § 59 Nr. 2. Ebenso Eccius, Kass.K. 33, 744, 745 (gegen Petersen Anm. 5, 2. Aufl.).

Das „Geltendmachen" umfaßt die gesammte Betheiligung als K.Gläubiger, die Anmeldung, Feststellung und die Theilnahme an Vertheilungen und Akkorden. Der Feststellung, wenngleich sie in Höhe des vollen Betrages in jedem Konkurse auszusprechen ist, kann die namentlich für Vertheilungen zu berücksichtigende und aufmerksam machende Beschränkung beigefügt werden, daß die Feststellung vorbehaltlich der von allen Verpflichteten nur bis zur vollen Befriedigung zu leistenden Zahlung erfolge; nöthig ist dies jedoch nicht; es ist Sache des K.Verwalters, auch ohne solchen Vermerk eine etwaige Vollbefriedigung zu berücksichtigen, zu beweisen und geltend zu machen, vgl. Anm. zu § 145.

4) Der **Gläubiger kann in jedem Konkurse nur liquidiren, was er zur Zeit der K.Eröffnung vom G.Schuldner des Verfahrens zu fordern hatte.** Sofern der Gläubiger also damals auf eine Wechselforderung schon vom Acceptanten und von Anderen z. B. Domiziliaten zur Tilgung der Schuld Zahlungen erhalten hat, kann er nur den Rest fordern. Hat er von Verpflichteten Zahlungen erhalten, welche der G.Schuldner für sich nicht geltend machen kann (Zahlungen von Wechselverpflichteten, ohne die Absicht, das gesammte Wechselobligo zu tilgen, R.O.H. 7, 122; 8, 387; 9, 41; **RG. 11**, 18), so braucht der Gläubiger diesen Betrag sich auch im Konkurse nicht abrechnen zu lassen, weil dadurch seine dem G.Schuldner gegenüber bestehende Forderung nicht gemindert wird. R.O.H. 7, 120; 8, 387; 9, 41. Der § 68 findet aber immer nur Anwendung, soweit für die Forderung zur Zeit der K.Eröffnung noch mehrere solidarisch Verpflichtete haften. Anm. 1. Wenn neben dem G.Schuldner (etwa dem Aussteller des Wechsels) nur noch der Acceptant haftet, so würde in Betreff des vom Acceptanten schon früher bezahlten Betrages diese Voraussetzung nicht zutreffen. — Dagegen mindern **die nach der K.Eröffnung erfolgenden** Zahlungen Anderer (auch des Acceptanten) nicht die im Konkurse bei Vertheilungen und Akkorden zu berechnende Höhe, sondern **haben nur einen Einfluß auf die Berechnung der „vollen Befriedigung"**. Mot. 288. **RG. 2**, 181; 29. Okt. 1890, JW. 411. Vg. Obtr. **43**, 447; **44**, 304. Das Recht, seine Forderung nach dem Gesammtbetrage bis zur vollen Befriedigung zu berechnen, können dem Gläubiger insbesondere die solidarisch neben dem G.Schuldner Verpflichteten nicht dadurch verkürzen, daß sie (nach der K.Eröffnung) einen Theil der Forderung bezahlen und in Höhe solcher Zahlung im Konkurse an Stelle des Gläubigers eintretend an der Vertheilung mit partizipiren wollen. Ein solches Recht hat der dritte Zahlende neben dem Gläubiger nicht, so lange nicht dieser voll befriedigt ist; er kann nur nach dessen Vollbefriedigung ein Eintrittsrecht hinsichtlich des von ihm hierzu Beigetragenen geltend machen. **RG.** 8, 291 und Anm. 5 zu § 60. § 426 B.G.B.

§ 69. (62.)

Forderungen, welche nicht auf einen Geldbetrag gerichtet sind, oder deren Geldbetrag unbestimmt oder ungewiß oder nicht in Reichswährung festgesetzt ist, sind nach ihrem Schätzungswerthe in Reichswährung geltend zu machen.

E. I. 71. P. 15 62.

1. Mit K.Eröffnung verwandelt sich jede Forderung in Geldforderung.
2. Forderungen unbestimmten Geldbetrages.
3. Anmeldung in Reichsgoldwährung.
4. In § 69 K.Forderungen vorausgesetzt.
5. Für Schätzungswerth gilt Zeit der K.Eröffnung.
6. Verschuldung des G.Schuldners bei der Schätzung.
7. Schätzungswerth für gesammte Betheiligung am K.-Verfahren maßgebend.

1) Zur Ausführung des K.Zwecks und der darnach in Geld erfolgenden Vertheilung muß jeder persönliche Gläubiger, welcher an der Masse Theil nehmen will, seine Forderung auf einen bestimmten Geldbetrag richten. **„Jede Forderung,** deren Gegenstand in einer Leistung, Handlung oder Unterlassung, Hergabe von individuellen Sachen, von fungiblen besteht, **verwandelt sich** — für und gegen den Gläubiger **durch die K.Eröffnung in eine Geldforderung"**. Mot. 290.

Digitized by Google

2) Zu den **Forderungen unbestimmten Geldbetrages** gehören namentlich die Schadens- und Interesse-Ansprüche; ferner Forderungen, deren Anfangs- oder Endtermine durch ein der Zeit noch unbestimmtes Ereigniß bestimmt wird (vgl. Anm. 1, 5 zu § 65, Todesfall); Forderungen künftiger Alimente für ein uneheliches Kind, sofern die Forderungen überhaupt gem. § 3 geltend gemacht werden können (vgl. Anm. 11 u. 12 zu § 3); wiederkehrende Hebungen von unbestimmter Zeitdauer oder unbestimmtem Betrage. Hierin gehört auch die Entschädigung für ein auf Lebenszeit bestimmtes Gehalt; desgleichen die Leibrente. Wegen der Veräußerung des Rechts auf wiederkehrende Bezüge vgl. Anm. 2 zu § 134. Im § 70 ist nur für solche Hebungen Bestimmung getroffen, für welche Betrag und Zeitdauer bestimmt ist.

3) Die **Anmeldung** muß stets in **Reichsgoldwährung mit der Rechnungseinheit der Reichsmark** erfolgen, also nach dem Münzgesetze vom 9. Juli 1873 Artt. 1, 14, R.G.Bl. S. 233; vgl. **RG. 1**, 23; **6**, 125; R.O.H. **23**, 205; **24**, 188; **25**, 41 und Ges. v. 4. Dezbr. 1871, R.G.Bl. S. 404. Die Liquidirung von Forderungen in ausländischer Währung ist unzulässig und kann weder Prüfung noch Feststellung erwarten; eine nachträgliche Aenderung und Liquidirung in Reichsgoldwährung ist dann nach § 142 zu behandeln; vgl. Anm. 2 u. 4 zu § 139. Für das Verhältniß der ausländischen Währung zur Reichswährung sind die für Wechsel- und Reichsstempelberechnung erlassenen Beschlüsse des Bundesraths v. 9. März 1899 (vgl. C.B. 1899 S. 73 u. 145) und ähnliche Erlasse der Postverwaltung nicht amtlich maßgebend; sie bestimmen nicht den entscheidenden Schätzungswerth zur Zeit der K.Eröffnung. Auch für Werthpapiere und dergl. ist der Geldbetrag, welcher gefordert wird, anzugeben.

Sache des Gläubigers ist es, in seiner Anmeldung den Schätzungswerth anzugeben, welchen er beansprucht; und des Verwalters oder der K.Gläubiger, bei der Prüfung anzugeben, in welcher Höhe sie ihn anerkennen wollen. Nöthigenfalls ist im Prozeßwege, und zwar im Verfahren behufs Feststellung streitiger Ansprüchen (§ 146) die zuzulassende Höhe festzustellen. Vgl. Dernburg, Preuß. Pr.R. 2, § 122 Anm. 11.

4) Für alle im § 69 bezeichneten Klassen von Forderungen, insbesondere also auch für die in Anm. 2 erwähnten, ist **vorausgesetzt**, daß sie **K.Forderungen** sind, daß also die für spätere Zeit zu berechnende Forderung nicht erst in späterer Zeit mit dem einzelnen Termine oder mit dem erlebten Momente entsteht, sondern als Forderung schon vor der K.Eröffnung begründet ist, § 3. Vgl. Anm. 1 zu § 70.

5) Für die **Berechnung des Schätzungswerths** ist die **Zeit der K.Eröffnung** mit Rücksicht auf die für das gesammte K.Recht maßgebenden Grundsätze (Anm. zu §§ 1, 3) **zu Grunde zu legen**. Prot. 58. Andererseits ist auch die etwaige spätere Leistungszeit derartig zu berücksichtigen, daß zu schätzen ist, welchen Werth eine zu erwartende Leistung im Zeitpunkte der K.Eröffnung hatte. (Beispiel § 18 Abs. 2.)

6) Insoweit **für die Schätzung die Verschuldung des Kridars von Einfluß** ist (vgl. § 170 **E.G.** z. **B.G.B.**, preuß. **A.L.R. I. 5** §§ 285 ff.), wird in der Regel davon auszugehen sein, daß dem G.Schuldner grobes Verschen zur Last fällt Dernburg 2, § 122 Nr. 1. Indeß sind die konkreten Umstände mitbestimmend.

7) Der **Schätzungswerth** ist **für die gesammte Betheiligung des Gläubigers**, namentlich auch hinsichtlich des Akkordes und der Vertheilung **maßgebend**. Darüber, ob und inwieweit der Schätzungswerth auch nach der K.Beendigung für das Verhältniß des Gläubigers zum G.Schuldner maßgebend ist, vgl. Anm. 3 zu § 164.

§ 70. (63.)

Wiederkehrende Hebungen zu einem bestimmten Betrage und von einer bestimmten Zeitdauer werden unter Abrechnung der Zwischenzinsen (§ 65) durch Zusammenzählung der einzelnen Hebungen kapitalisirt. Der Gesammtbetrag darf den zum gesetzlichen Zinssatze kapitalisirten Betrag derselben nicht übersteigen.

E. I. 72. P. 62. 85. 251. 278. 398.

Digitized by Google

1. Voraussetzung: Begründung des Bezugsrechts vor K.Eröffnung. — Forderungen des § 70 nicht bedingt.
2. Hebungen unbestimmten Betrages und unbestimmter Dauer.
3. Abrechnung der Zwischenzinsen.
4. Gesetzliche Zinsen.

1) „**Vorausgesetzt** wird, daß das **Recht auf den Bezug** der fortlaufenden Hebungen schon **vor der K.Eröffnung begründet ist**, daß es nicht erst jedesmal mit den einzelnen Terminen und Raten zur Entstehung gelangt, daß es vielmehr in seiner Gesammtheit schon dann entstanden ist. Dann besteht die K.Forderung aus dem jetzigen Werth der Gesammtheit aller künftigen Hebungen, aus dem unter Anschlag der Zwischenzeiten und der anderen Thatumstände festzustellenden Kapitalbetrage. Die Forderung ist **nicht** mit einer **bedingten** zu verwechseln. Und darum muß sie nicht bloß zur Sicherstellung zugelassen werden, sondern nach dem Kapitalwerthe zur Theilnahme, wie an allen Beschlußfassungen, namentlich an einem Akkorde, so an allen Vertheilungen." Mot. 292, 355. Zu den wiederkehrenden Hebungen in diesem Sinne ist vor allem das auf testamentarischer oder vertragsmäßiger Bestimmung beruhende Recht auf Bezüge zu rechnen. Dagegen gehört das durch Dienste oder andere Gegenleistungen bedingte und erst mit deren Gewährung begründete Recht auf Emolumente nicht hierher.

2) Wegen **Hebungen unbestimmten Betrags oder unbestimmter Zeitdauer**, Leibrente, lebenslänglicher Bezüge vgl. Anm. 2 zu § 69. Vgl. auch Anm. 3—5 zu § 69 und in Betreff der Veräußerung eines Rechts auf den Bezug wiederkehrender Einkünfte § 134 Nr. 1.

3) Von jeder künftigen Hebung sind die **Zwischenzinsen** nach § 65 mit Bezug auf die Hebungszeit **abzurechnen**; die sämmtlichen dann ermittelten Beträge sind zu addiren. Vgl. §§ 92, 121 des Zwangsversteigerungsges. v. 24. März 1897.

4) Ueber **gesetzliche Zinsen** vgl. Anm. 4 zu § 65.

Digitized by Google

Zweites Buch.
Konkursverfahren.

1. Geschichtliches. Prinzip der K.O.
2. Verhältniß zwischen Konkursgericht und Prozeßgericht.
3. Kaufmänn. Konkurs.

1) Geschichtliches. Die Verwirklichung der Rechte der Gläubiger macht an sich und begriffsmäßig die Thätigkeit des Gerichts oder einer anderen Behörde nicht weiter nöthig, als die Verwirklichung eines anderen Civilanspruchs einer Partei an die andere. Begrifflich nöthig ist nur die Entscheidung des Gerichts über Streitfragen, und die Feststellung des Gerichts für die Ergänzung und Erzwingung des Willens des Schuldners zur Leistung und Gestattung dessen, wozu er verpflichtet ist. Gründe der Zweckmäßigkeit haben dazu geführt, die Verwerthung des Vermögens einem Dritten als „Verwalter" zu übertragen, der an Stelle der Betheiligten veranlassen muß, was die Gläubiger verlangen können und der Schuldner gewähren soll, und der deshalb seit alten Zeiten als nothwendiges Postulat für das K.Verfahren gilt. Gleichermaßen hat die Zweckmäßigkeit, die Rücksicht auf die Sicherung des G.Schuldners gegen die allseitigen Angriffe wegen verschiedenartigster Ansprüche und auf abwesende oder mit der Sachlage unbekannte Gläubiger veranlaßt, die Auseinandersetzung der Gläubiger des G.Schuldners und des Verwalters unter die Aufsicht des Gerichts zu stellen. Die Entwickelung des K.Verfahrens in Deutschland führte theils durch die Häufung und Verwickelung von Vorrechten, theils durch die unsicheren Zustände in und nach dem dreißigjährigen Kriege zur absoluten Offizialthätigkeit des Gerichts. Durch die massenhafte Beseitigung von Vorrechten und durch die Ausscheidung der sog. Bindikanten und Absonderungsberechtigten ist es gelungen, den Boden für ein einfacheres und schnelleres Verfahren zu ebnen. Die Zeitrichtung führte zu dem im römischen Verfahren zu Grunde liegenden Wege zurück. Die Offizialthätigkeit des Gerichts wurde schon seit lange nur als nothwendiges Uebel empfunden und ertragen; die neuere Zeit neigt sich immer mehr dazu, sie nur als Uebel und nicht mehr als nothwendig anzusehen.

Die K.O. hat der Selbstthätigkeit der Betheiligten einen bedeutend größeren Einfluß gegönnt und die Mot. proklamiren die Selbstverwaltung als Prinzip. Indeß von der früheren Gewöhnung sind noch erhebliche Reste richterlicher Leitung und Aufsicht übrig geblieben. In den Mot. spiegelt sich das Schwanken zwischen dem Prinzip und den Abweichungen ebenso ab. Das K.Verfahren der K.O. ist eine Mischung von Systemen: Selbstverwaltung „gemäßigt" durch Gerichtsaufsicht; namentlich Feststellung der Ansprüche nach den bei dem Gerichte abzugebenden Erklärungen der Gläubiger und des Verwalters durch gerichtliche Beurkundung; Verwaltung und Verwerthung der Masse durch den vom Gerichte ernannten Verwalter unter Aufsicht des Gerichts und unter Beistand der Gläubiger, deren Beschlüssen indeß das Gericht auf das Anrufen jedes überstimmten Gläubigers oder des Verwalters ein Veto entgegensetzen darf. Die Mot. betonen, daß das Gericht von solchen Beschränkungen „der freieren und selbständigeren Bewegung des Verwalters und der Gläubiger" nur in eklatanten Ausnahmefällen Gebrauch machen solle. Das Gesetz selbst drückt jedoch dergleichen nicht aus. Das Verhältniß der verschiedenen Vorschriften zu einander ist bei den einzelnen Bestimmungen näher zu erörtern.

Digitized by Google

2) Von dem im zweiten Buche behandelten **„Konkursverfahren"** und von dem das Verfahren leitenden **Konkursgerichte**, das allemal das Amtsgericht und zwar entweder das der gewerblichen Niederlassung oder in Ermangelung einer solchen das des allgemeinen Gerichtsstandes des G.Schuldners sein soll, sind das **Verfahren in Prozessen**, die der Konkurs veranlaßt, und das über diese entscheidende **Prozeßgericht** zu unterscheiden. Die K.O. will nicht „auf Grund der s. g. vis attractiva des Konkurses nach gemeinrechtlichem Vorbilde dem K.Gerichte die Entscheidung aller zu dem Verfahren in irgend einer Beziehung stehenden Streitsachen überragen"; Mot. 294. Demgemäß sind die Rechtsstreitigkeiten, die zwischen dem K.Verwalter als Vertreter des G.Schuldners und dritten außerhalb des Konkurses stehenden Personen entstehen, vor dem nach Lage der Sache zuständigen Prozeßgerichte im gewöhnlichen Civilprozeßverfahren zu entscheiden. Der Verwalter kann gegen Dritte, von denen er Gegenstände als zur Aktivmasse gehörig in Anspruch nimmt oder gegen die er Rechtshandlungen anfechten will, ebenso gegen Aus- und Absonderungs-, Aufrechnungs- und Masseanspruchs-Prätendenten nur in ihrem allgemeinen Gerichtsstande (C.P.O. §§ 12—19) oder in einem etwa begründeten besonderen Gerichtsstande (C.P.O. §§ 20—34, vgl. § 35) klagbar werden. Andererseits haben Dritte gegen den Verwalter als den Vertreter des G.Schuldners bei demjenigen Prozeßgerichte, bei dem der G.Schuldner, wenn er selbst verklagt wäre, Recht zu nehmen hätte, ihre Klagen anzustrengen, also in dessen allgemeinen oder in einem etwa begründeten besonderen Gerichtsstande. Beide Theile müssen dabei die Vorschriften über den ausschließlichen Gerichtsstand beobachten. Die Entscheidung der Prozesse über die Feststellung der K.Forderungen fällt ebenfalls außerhalb des „K.Verfahrens". Sie erfolgt im ordentlichen C.P.O.Verfahren; der Konkurs hat nur auf die Zuständigkeit den Einfluß, daß nach § 146 dasselbe Amtsgericht, das K.Gericht ist, und wenn der Streitgegenstand nicht zur Zuständigkeit der Amtsgerichte gehört, das Landgericht dieses Amtsgerichtsbezirks für solche Prozesse ausschließlich zuständig erklärt ist. In allen Fällen gilt der Grundsatz: Auch dann, wenn Rechtsstreitigkeiten vor demselben Amtsgerichte, das zugleich K.Gericht ist, anhängig sind, entscheidet und verfährt dies Gericht darin als Prozeßgericht lediglich nach den Vorschriften der C.P.O. und nicht als K.Gericht nach der K.O. — Ueber das Verhältniß des K.Verfahrens zum K.Rechte vgl. Vorbemerkung 1 zum 1. Buche „Konkursrecht".

Dem **Konkursgerichte**, das unter dem Ausdrucke „Gericht" in der K.O. stets verstanden wird, **gebührt** nur die administrative Leitung nach den Vorschriften der K.O. und die Entscheidung über die ihm in der K.O. zugewiesenen Fragen. Sofern ein K.Gläubiger, der Verwalter, der G.Schuldner oder ein Anderer das K.Gericht um die Entscheidung einer anderen Frage angehen wollte, würde dieses nur auf die Entscheidung im ordentlichen Prozeßwege verweisen können. Die administrative Thätigkeit des Gerichts will die K.O. auf ein möglichst geringes Maß zurückführen. Nicht das Gericht soll verwalten, sondern der K.Verwalter unter Zuziehung eines Gläubigerausschusses oder, wenn ein solcher nicht gewählt wird, der Gläubigerversammlung. Das K.Gericht soll keine direkte Theilnahme an der Verwaltung haben, sondern dabei auf die Ernennung des Verwalters §§ 85 ff., 110, die Anordnung von Sicherheitsmaßregeln, §§ 100, 101, 106, auf die Bestimmung der Termine und Fristen, §§ 110 ff., und auf die formelle Leitung der Gläubigerversammlungen, §§ 94 ff., beschränkt sein. Eine sachliche Entscheidung ist dem K.Gericht indeß übertragen über die im Laufe des Verfahrens entstandenen Streitigkeiten, „die wegen ihres Einflusses auf den Fortgang der Sache mittelbar das Interesse aller berühren und auf den Weg des förmlichen Prozesses nicht verwiesen werden dürfen," so die Entscheidung über die Stimmberechtigung nicht festgestellter, bedingter oder absonderungsberechtigter Forderungen, §§ 95, 96 die Zurückweisung eines Vergleichsvorschlags, § 176, sodann über Angelegenheiten, „welche das Rechtsverhältniß aller K.Gläubiger zum G.Schuldner oder Verwalter zum Gegenstande haben, also unmittelbar das Gesammtverfahren betreffen", so über die Disziplinarbestrafung oder Entlassung des Verwalters, § 84, Festsetzung eines streitigen Honorars für Mitglieder des Gläubigerausschusses, § 91, vorläufige Untersagung von Verwaltungshandlungen, §§ 135, 160, Vornahme der Schlußvertheilung, § 161, über Er-

Digitized by Google

öffnung und Aufhebung oder Einstellung des Konkurses §§ 102 ff., 163, 197 ff., über Einwendungen bei Vertheilungen, §§ 158, 162 und über Bestätigung eines Zwangsvergleichs, §§ 184 ff.

Gegen alle gerichtlichen Anordnungen, soweit nicht ausdrückliche Ausnahmen gemacht sind, ist durch das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde die Anrufung einer höheren Instanz gegeben. Vgl. Anm. zu § 73. Die Gerichtsferien sind für das K.Verfahren selbst ohne Einfluß. Der Konkurs hat keine Ferien. Dagegen sind sie für die durch den Konkurs veranlaßten Prozesse, also auch für die Prozesse über Feststellung streitiger K.Forderungen (§ 146), zu beachten. Ger.Verf. §§ 204, 201—203. Petersen-Kleinfeller; Stieglitz S. 416. A.M. Wengler S. 418, 419.

3) Es giebt keinen besonderen **kaufmännischen Konkurs**. Das K.Verfahren ist für alle Konkurse dasselbe, ohne Rücksicht auf den kaufmännischen oder anderen Stand des G.Schuldners, auf geringeren oder größeren Umfang der Masse, oder auf den Grad der Verwickelung der Sache; nur hat das Vorhandensein einer gewerblichen Niederlassung an einem anderen Orte als dem des allgemeinen Gerichtsstandes auf die Bestimmung des zuständigen K.Gerichts Einfluß, Anm. 2 und § 71. Es giebt ferner kein abgekürztes K.Verfahren. Die zulässigen Abkürzungen und Vereinfachungen (Wegfall des Gläubigerausschusses, Verbindung von Terminen, Bestimmung kurzer Fristen) sind mit dem gestatteten Spielraume für Fristen und Termine (vgl. §§ 110, 138, 179, 180) in jedem Konkurse statthaft und es ist dem Verfahren dadurch ohne Einführung einer besonderen summarischen Art des Verfahrens eine solche Elastizität gegeben, daß die möglichste Abkürzung erzielt werden kann.

Erster Titel.
Allgemeine Bestimmungen.

Die im Tit. 1 vorausgeschickten allgemeinen Bestimmungen betreffen die Organe des Verfahrens. Die §§ 71—77 stellen die Zuständigkeit des K.Gerichts und Regeln über das gerichtliche Verfahren fest; die §§ 78—86 die Bestellung und Stellung des K.Verwalters. Ferner sind die Organe der Gläubiger: der Gläubigerausschuß in den §§ 87—92, und die Gläubigerversammlung in den §§ 93—99 behandelt; sowie die Stellung des G.Schuldners in den §§ 100, 101.

§ 71. (64.)

Für das Konkursverfahren ist das Amtsgericht ausschließlich zuständig, bei welchem der Gemeinschuldner seine gewerbliche Niederlassung oder in Ermangelung einer solchen seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

Sind mehrere Gerichte zuständig, so schließt dasjenige, bei welchem zuerst die Eröffnung des Verfahrens beantragt worden ist, die übrigen aus.

E. I. 73. 74. P. 115. 127. 320. K.O.N.

1. Sachliche Zuständigkeit.
2. Oertliche Zuständigkeit.
3. Ausschließliche Zuständigkeit.
4. Zuständigkeit mehrerer Gerichte.
5. Bestimmung des zuständigen Gerichts.

1) Die **sachliche Zuständigkeit** für das Verfahren hat also nur ein Amtsgericht. Der Einzelrichter des Amtsgerichts (G.V. § 22) hat zu allen Verhandlungen den Gerichtsschreiber zuzuziehen. C.P.O. § 165. Er hat die Befugnisse des Gerichtsvorsitzenden gemäß C.P.O. §§ 136, 139 und G.V. §§ 177 ff.

2) Die Regelung der **örtlichen Zuständigkeit** hat durch die K.O.N. insofern eine Aenderung erfahren, als nicht mehr wie früher lediglich der allgemeine Gerichtsstand, sondern in erster Linie der Ort einer gewerblichen Niederlassung des G.Schuldners maßgebend ist. Nach dem Komm.Bericht zur K.O.N. S. 17 ist die Erwägung entscheidend gewesen: „daß es naturgemäß scheine, den Konkurs bei dem Amtsgericht des Ortes ver-

Digitized by Google

hängen zu lassen, an welchem der Gemeinschuldner den Mittelpunkt seines wirthschaftlichen Daseins habe". Eine Ausnahme von der Bestimmung, daß zuerst der Gerichtsstand der gewerblichen Niederlassung maßgebend ist, enthält der § 214, der für den Konkurs über einen Nachlaß als ausschließlichen Gerichtsstand den allgemeinen Gerichtsstand des Erblassers erklärt — nach der oben wiedergegebenen Begründung vermuthlich ein Redaktionsfehler.

Seine gewerbliche Niederlassung hat der G.Schuldner da, wo er einen örtlichen Mittelpunkt für seinen Geschäftsbetrieb geschaffen hat, und zwar sowohl zum kaufmännischen Betriebe, also zum Abschlusse von Geschäften, als auch zum bloßen technischen Betriebe, also da, wo z. B. seine Fabrik steht. Hierzu vgl. Abs. 2. Dagegen hat er „seine" Niederlassung nicht da, wo nur eine Nebenstelle, ein Zweiggeschäft, eine Bankfiliale oder gar nur eine Agentur besteht, so daß bei dem Vorhandensein mehrerer Niederlassungen nicht der Abs. 2 in Anwendung kommt, sondern zu prüfen ist, an welchem Orte der Geschäftsbetrieb seinen Mittelpunkt hat. Vgl. auch § 238.

Erst wenn der G.Schuldner im deutschen Reiche überhaupt keine gewerbliche Niederlassung hat, kommt für die Zuständigkeit des K.Gerichts seine allgemeine Niederlassung in Frage. Die Vorschriften darüber enthalten die §§ 13—19 der C.P.O. Der allgemeine Gerichtsstand wird in der Regel durch den Wohnsitz bestimmt, C.P.O. §§ 13—15, für Gesellschaften, Genossenschaften 2c. durch den Sitz, C.P.O. § 17. — Für den Konkurs über den in einem Konsulargerichtsbezirke wohnenden und sich aufhaltenden Reichsangehörigen oder Schutzgenossen ist der Konsul an Stelle des Amtsgerichts zuständig, Ges. v. 7. April 1900 §§ 2, 7, 19; in den deutschen Schutzgebieten an Stelle des Konsuls der vom Reichskanzler zur Ausübung der Gerichtsbarkeit ernannte Beamte, Ges. v. 17. April 1886 und 15. März 1888 § 2, vgl. Busch II, 157; 12, 197 ff. — Hat der G.Schuldner, Inländer oder Ausländer, weder eine Niederlassung noch einen allgemeinen Gerichtsstand im deutschen Reich, so kann der Konkurs nach § 238 nur im Bezirke seines Gutes im deutschen Reiche eröffnet werden, wenn er dergleichen im Sinne des § 238 hat. Vgl. Anm. dazu. Sonst ist außer den Fällen des § 238 kein Gericht vorhanden, das einen Konkurs über sein Vermögen eröffnen könnte und es verbietet sich dadurch ein solcher im deutschen Reiche. Die analoge Anwendung des § 23 C.P.O., der nicht einen allgemeinen, sondern einen besonderen Gerichtsstand bestimmt, steht (gegen Völderndorff 2, Anm. 15 zu 7 III.) in direktem Widerspruche mit § 71 Abs. 1.

3) In Folge der **„ausschließlichen" Zuständigkeit** ist eine freiwillige Vereinbarung, wenngleich selbst aller K.Gläubiger und des G.Schuldners, als gegen eine Anordnung des öffentlichen Interesse unzulässig. Prot. 59. § 72. C.P.O. § 40 Abs. 2. Die Wirkung der Zuständigkeit betrifft in Folge der allgemeinen deutschen Geltung der K.O. alle Einwohner und Gerichte aller deutschen Bundesstaaten, E.G. § 1, vgl. Einl. § 4.

4) Gesetzlich können mehrere Gerichte zuständig sein:

1. wenn der G.Schuldner mehrere Wohnsitze hat, — alsdann und auch wenn er regelmäßig besondere Sommer- und Winterwohnsitze hat, ist das Gericht eines jeden für das ganze Jahr zuständig; ebenso wenn der G.Schuldner mehrere gleichwerthe gewerbliche Niederlassungen (vgl. Anm. 2) oder im Falle des § 238 mehrere Güter in verschiedenen Bezirken hat;
2. wenn für Gemeinden, Personenvereine u. s. w. neben dem durch C.P.O. § 17 Abs. 1, 2 bestimmten Wohnsitze noch durch Statut oder in anderer Weise nach C.P.O. § 17 Abs. 3 ein anderer allgemeiner Gerichtsstand bestimmt ist.

Wer das K.Verfahren beantragt (G.Schuldner oder K.Gläubiger, § 103), hat unter mehreren zuständigen Gerichten die Wahl, C.P.O. § 35. Entscheidend ist für die Zuständigkeit nach Abs. 2 die Priorität des Antrags, ohne Rücksicht auf eine Priorität anderer gerichtlicher Verfügungen, Veräußerungsverbote, § 106 u. s. w. Vorausgesetzt ist ein erfolgreicher, zum Eröffnungsbeschluß führender Antrag; ein zurückgewiesener ist für die Prioritätsfrage nicht zu berücksichtigen. Wenn bei Abfassung des Eröffnungsbeschlusses die Frage der Konkurrenz zu entscheiden ist, so ist Abs. 2 zu berücksichtigen; durch Beschwerde

Digitized by Google

(§ 73) kann gegen Mißachtung des Abs. 2 Abhülfe versucht werden. Hat indeß ein, wenngleich nach Abs. 2 unzuständiges Gericht den Eröffnungsbeschluß rechtskräftig erlassen, so ist dieser entsprechend der heilenden Rechtskraftwirkung des Beschlusses nicht nichtig, wenn sich auch später herausstellt, daß das Gericht nicht zuständig oder nach Abs. 2 ein anderes zuständig war. Von dem nach § 71 zuständigen Gerichte kann dann nicht nochmals gültig Konkurs eröffnet werden. — Wie indeß die Vorschrift des Abs. 1 nur für deutsche Gerichte gegeben ist, so setzt auch der anschließende Abs. 2 mehrere zuständige deutsche Gerichte voraus. Ist im Auslande Konkurs eröffnet, so wird dadurch die Eröffnung eines Konkurses im deutschen Reiche nicht ausgeschlossen, Sarwey-Bossert Anm. 5; abgesehen davon kann in diesem Falle ohne inländische K.Eröffnung nach § 237 Zwangsvollstreckung in das inländische Vermögen stattfinden.

5) **Die Bestimmung des zuständigen Gerichts** erfolgt in folgenden Fällen „durch das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht":

1. wenn das an sich zuständige Gericht im einzelnen Falle an der Ausübung des Richteramts rechtlich oder thatsächlich verhindert ist;
2. wenn die Zuständigkeit mit Rücksicht auf die Grenzen der Gerichtsbezirke ungewiß ist;
3. wenn verschiedene Gerichte sich rechtskräftig für zuständig erklärt haben;
4. wenn verschiedene Gerichte, von denen eines zuständig ist, sich rechtskräftig für unzuständig erklärt haben.

Der Beschluß des höheren Gerichts, der in diesen Fällen das zuständige Gericht bestimmt, erfordert nicht eine vorgängige mündliche Verhandlung und ist unanfechtbar, C.P.O. § 36 Nr. 1, 2, 5, 6 und § 37, die nach § 72 anwendbar sind. Die vorstehend nicht erwähnten Fälle der C.P.O. § 36 Nr. 3, 4 betreffs der Ungewißheit eines dinglichen Gerichtsstandes und eines gemeinschaftlichen für „Streitgenossen" können hier nicht vorkommen. Vgl. Anm. zu § 102. — Das höhere Gericht ist das Landgericht; wenn mehrere Gerichte in Frage kommen, die nicht demselben Bezirk angehören, das Oberlandesgericht oder das Reichsgericht (in Bayern das oberste Landesgericht).

§ 72. (65.)

Die Vorschriften der Civilprozeßordnung finden, soweit nicht aus den Bestimmungen dieses Gesetzes sich Abweichungen ergeben, auf das Konkursverfahren entsprechende Anwendung.

E. I. 97. P. 178—180.

1. Ausdrückliche Abweichungen.
2. Anwendung der C.P.O.
3. Anwendung des G.V.G.
4. Besonderes über die Folgen der Versäumung.

1) Ausdrückliche Abweichungen von der C.P.O. sind namentlich in Betreff der Beschwerde, § 74, der öffentlichen Bekanntmachungen und Zustellungen, §§ 73, 76, 77, und der Werthberechnung, §§ 148, 69, 70, bestimmt. Die Verwerthung der Aktivmasse braucht nicht in den Formen der Zwangsvollstreckung zu erfolgen, §§ 117 ff., 133 ff.

Für die Konsulargerichtsbezirke, in denen die K.O. und die C.P.O. nebst Einf.Ges. ebenfalls gelten, sind noch hinsichtlich der Beschwerde und der öffentlichen Bekanntmachungen (vgl. Anm. 1 zu § 76) besondere Vorschriften getroffen. Ges. v. 10. Juli 1879 §§ 18, 19, 44, 45.

2) Die Anwendung der C.P.O. soll, auch abgesehen von den ausdrücklich bestimmten Abweichungen, immer nur eine der Natur und dem Zwecke des K.Verfahrens „entsprechende" sein, unterbleibt also, sofern die Anwendung wegen der Eigenart des K.Verfahrens unmöglich oder sachwidrig ist. Durch die Natur des K.Verfahrens (vgl. Vorb. 1 II. zu Buch I.) und durch das Fehlen eines Rechtsstreits zwischen zwei bestimmten Parteien über ein präzisirtes von ihnen vorzutragendes Rechtsverhältniß ist eine mündliche Verhandlung im Sinne des § 128 C.P.O. ausgeschlossen. Dagegen müssen immerhin im K.Verfahren Verhandlungen (auch mündliche im weiteren Sinne) erfolgen, Protokolle aufgenommen und

Digitized by Google

Entscheidungen erlassen werden. Ueber die entsprechende Anwendbarkeit der C.P.O. hinsichtlich dieser Akte vgl. Anm. zu § 73. Abgesehen davon sind von den Vorschriften der C.P.O. mit der durch Zweck und Natur des K.Verfahrens gebotenen Einschränkung auf das Entsprechende, außer den schon zu § 71 erwähnten Vorschriften über die Zuständigkeit des Gerichts und über die damit in Verbindung stehende Ablehnung oder Ausschließung des Richters, namentlich anwendbar die Vorschriften über Partei- und Prozeßfähigkeit, C.P.O. §§ 50—56, Vertretung, §§ 78—90 (vgl. Anm. zu § 182), Zustellungen, §§ 170 ff., 501, 502 (mit den in K.O. §§ 73, 76, 77 bestimmten Abweichungen), über Ladungen, Termine und Fristen, §§ 214 ff., über Folgen der Versäumnisse und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (im Falle einer Beschwerde), §§ 230 ff., über Beweisaufnahme und Beweismittel, §§ 286—294; II. Tit. 5—12, über das Rechtsmittel der Beschwerde, §§ 567—577; über Offenbarungseid und Haft, §§ 899 ff., und über einstweilige Verfügungen, §§ 935 ff., desgleichen § 299. Für die Anwendung des § 299 sind die K.Gläubiger entsprechend als Parteien anzusehen; sie können deshalb mit Rücksicht auf die nöthige Information für ihr Bestreitungsrecht Abschrift des Gläubiger-Verzeichnisses (auf ihre Kosten) verlangen. Vgl. Anm. § 124; Kammerger. u. LG. Gera, Busch 20, 492, 494; abw. L.G. Metz, Busch 18, 525 und L.G. Osnabrück, Busch 21, 525. — Der § 102 C.P.O., der ein über die Kostenpflicht von Parteien entscheidendes Prozeßgericht voraussetzt, kommt im K.Verfahren nicht zur Anwendung, vgl. § 58 Nr. 1 K.O.; ebenso nicht § 48 Ger.-Kost.-Ges., der außerdem eine mündliche Verhandlung oder ein Prozeßbeweisverfahren im Sinne der C.P.O. voraussetzt. Vgl. Petersen-Kleinfeller Anm. 2.

3) Außer der C.P.O. finden ferner, da das K.Verfahren zur ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit im Sinne des § 2 E G. z. G.V. und des G.V. § 24 gehört (vgl. Einl. § 4), auch die Vorschriften des **Gerichts-Verfassungsgesetzes** unmittelbare Anwendung, soweit sie nicht durch ihre Natur davon ausgeschlossen werden. Anwendbar sind daher namentlich die Vorschriften des G.V. über Rechtshülfe, §§ 157—169, Sitzungspolizei, §§ 177—185, Gerichtssprache, §§ 186—193, und Gerichtsferien, § 204 (vgl. Vorb. 2 vor § 71). — Die Oeffentlichkeit ist weder geboten (G.V. § 170 setzt ein erkennendes Gericht voraus), noch verboten; die Zulassung Unbetheiligter wird dem Ermessen des Gerichts zu überlassen sein, vgl. Petersen-Kleinfeller Anm. 3 a. E.

4) Eine besondere Hervorhebung verdienen die Vorschriften der C.P.O. **über die Folgen der Versäumung** §§ 230, 231. Bei deren entsprechender Anwendung hat die Versäumung einer Handlung im K.Verfahren zur allgemeinen Folge, daß die Partei mit der vorzunehmenden Handlung ausgeschlossen wird. Eine Androhung der gesetzlichen Folgen der Versäumniß bedarf es nicht, auch nicht eines gegnerischen Antrags auf Verwirklichung des Rechtsnachtheils, soweit nicht im Gesetz ein solcher Antrag erfordert wird. Jeder muß sich selbst darum kümmern, welche Rechte und Pflichten er hat, und seine Rechte unaufgefordert wahrnehmen. Nur in einzelnen Fällen können versäumte Handlungen noch nachgeholt werden, wenn bestimmte Entschuldigungsgründe glaubhaft gemacht werden; zur „entsprechenden" Anwendbarkeit für das K.Verfahren gehören hierher nur Fälle nachträglicher Zulassung von Beweismitteln, C.P.O. §§ 357, 374, 402, 433 (vgl. Anm. zu § 75), und nachträglicher Ablehnung eines Richters, C.P.O. § 44 Abs. 4. — Ein Versäumnißurtheil im Sinne der C.P.O. §§ 330 ff. und damit auch der Einspruch gegen ein solches, §§ 338 ff., fällt im K.Verfahren fort (Anm. 2 zu § 73). Das K.Verfahren kennt überhaupt kein Urtheil im Sinne der C.P.O., weil nicht ein bestimmter Rechtsstreit zwischen bestimmten Parteien zum Austrage gebracht wird. Mot. 298 zu § 66 (a. F.).

§ 73. (66.)

Die Entscheidungen im Konkursverfahren können ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Die Zustellung geschieht von Amtswegen.

Digitized by Google

Gegen die Entscheidungen im Konkursverfahren findet, soweit dieses Gesetz nicht ein Anderes bestimmt, die sofortige Beschwerde statt.

1. Entscheidungen; deren Form und Inhalt.
2. Verhandlung im K.Verfahren.
3. Zustellung der Entscheidungen.
4. Zustellungsempfänger.
5. Form der Zustellungen.
6. Anfechtung der Entscheidungen im Allgemeinen.
7. Sofortige Beschwerde.
8. Beschwerdeberechtigte.
9. Beschwerde bei Konsulargerichten.

1) Der Ausdruck: „**Entscheidung**" umfaßt in der C.P.O. und entsprechend auch in der K.O. nicht bloß Urtheile, sondern alle Beschlüsse und Verfügungen des Gerichts (C.P.O. § 160 Nr. 5), also außer den Bestimmungen über Rechts- und Streitpunkte auch die Ernennung des Verwalters, die Bestimmung von Terminen und Fristen, die Anordnung von Sicherheitsmaßregeln, die Leitung von Gläubigerversammlungen.

Ueber die **Form** der Entscheidungen im K.Verfahren enthält die K.O. keine besonderen Vorschriften. Selbst die Entscheidung über K.Eröffnung und über Verwerfung oder Bestätigung eines Vergleichs, die sachlich einen Urtheilscharakter haben, werden nur als „Beschlüsse" bezeichnet, §§ 108, 185, und für die auch ohne Prozeß erfolgten deklaratorischen Feststellungen von K.Forderungen, die mit Urtheilsfolgen ausgestattet werden, §§ 165, 193, ist nicht die Urtheilsform, sondern eine andere vorgeschrieben. Die Urtheilsform (Beifügung eines Thatbestandes, Gründe ꝛc.) ist nicht obligatorisch. Die Form der Entscheidungen ist daher die der Beschlüsse, vgl. C.P.O. §§ 160 Nr. 5, 329 Abs. 1, 2.

Der **Inhalt** der Entscheidungen kann höchst verschieden sein. Soweit über Rechte entschieden wird, sind die Entscheidungen einer materiellen Rechtskraft im Sinne des § 322 Abs. 1 C.P.O. fähig, was bei den einzelnen Arten zu erörtern ist, vgl. §§ 109, 193. Sämmtliche Entscheidungen, theils nach Abs. 3 mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar, theils unanfechtbar, sind der formellen Rechtskraft fähig, d. h. der endgültigen, durch Parteianträge nicht mehr zu beeinflussenden Erledigung im Sinne des § 705 C.P.O. In Betreff der Frage, ob sie für das Gericht selbst unabänderlich sind, wird, soweit eine sofortige Beschwerde dagegen zulässig ist und (gegen Oetker I, 101) nicht bloß soweit es sich um Entscheidung über Ansprüche oder Befugnisse handelt, die Unabänderlichkeit im Sinne des §577 Abs. 3 C.P.O. behauptet werden müssen, und zwar nicht nur für die mit der sofortigen Beschwerde wirklich „angegriffene", sondern auch für die in abstracto dem Angriffe zugängliche, wenngleich thatsächlich nicht angefochtene Entscheidung, wie die neue Fassung der C.P.O. § 577 Abs. 3 ergiebt. Vgl. Altvater, Civil. Arch. 64, 408; Petersen-Kleinfeller Anm. III. 10.

Die theoretische Unterscheidung Oetkers I, 97—108 zwischen reinen Verwaltungsdekreten, reinen Dezisivdekreten (Thatbestandsnormirung") und gemischten Administrativdekreten mit gleichzeitiger „thatbestandsnormirender" Feststellung ist für die K.O. bedeutungslos und praktisch nicht zu verwerthen. Jede Bestimmung auch eines reinen Verwaltungsaktes ist für das K.Verfahren eine Entscheidung, daß und wie der Akt erfolgen soll. Für die entsprechende Anwendung der C.P.O. im Konkurse kann es nicht maßgebend sein, daß die C.P.O., die kein Verwaltungsverfahren, sondern einen Prozeß normirt, den Ausdruck Entscheidung nicht für Verwaltungsakte speziell einführt. Durch § 73 Abs. 1, 3 sind eben alle Bestimmungen des K.Gerichts ohne Unterscheidung als Beschlüsse und Anordnungen im terminologischen Sinn der C.P.O. für das Verfahren charakterisirt, im Gegensatze zu den der Berufung und der Revision zugänglichen Urtheilen. Dafür, daß Abs. 1 oder 3 nur für solche Dekrete anwendbar sei, bei denen ihrer Natur nach das Erforderniß mündlicher Verhandlung überhaupt in Frage kommen könnte — was auch bei recht vielen Verwaltungsakten sehr füglich der Fall sein kann — giebt weder die allgemeine, nicht bloß der K.O. eigenthümliche Fassung („ohne mündliche Verhandlung"), noch die sehr bestreitbare Natur der Sache einen Ausdruck oder Anhalt. Daß die K.O. für Verwaltungsakte im Einzelnen nicht gerade das Wort: „Entscheidung" gebraucht, sondern Festsetzen, Bestimmen, Anordnen, Genehmigen kann sowohl nach dem allgemeinen Sprachgebrauche, als auch nach dem deklarirenden § 160 Nr. 5, 6 der C.P.O. (vgl. z. B. An-

Digitized by Google

ordnen in § 769) keine andere Bedeutung rechtfertigen. Vgl. auch L. Seuffert, Krit. Viertelj. 34, 384.

2) Für die **Verhandlungen des K.Verfahrens** fallen alle Vorschriften der C.P.O. fort, die nur Folgen des für einen eigentlichen Rechtsstreit aufgestellten Prozeßsystems sind; nicht nur das Grundprinzip des § 128 C.P.O. (das K.Gericht ist kein „erkennendes"), sondern auch die Formen der Versäumnißurtheile, der Anerkennungsurtheile, und der Einfluß des Nichtbestreitens oder Anerkennens, C.P.O. § 138. Die Verhandlung in den als nothwendig vorgeschriebenen Terminen: Prüfungs-, Schluß-, Vergleichstermnen, sowie in Gläubigerversammlungen und anderen zulässigen Terminen hat „entsprechend" nur den Charakter mündlicher freier Erörterung und die Berücksichtigung ist nicht bloß auf das mündliche Vorbringen beschränkt. Das Prinzip der freien Beweiswürdigung, C.P.O. § 286, das für den eigentlichen Civilprozeß regelmäßig eine mündliche Verhandlung voraussetzt, erleidet dadurch zugleich die Ausdehnung, daß unter dem „Inhalt der Verhandlungen", der der Würdigung zu Grunde zu legen ist, auch die nicht mündlichen Verhandlungen einbegriffen sind. In den Motiv. 298 sind insbesondere die §§ 123—126, 129, 136—139, 141 a. F., jetzt 132—135, 138, 145—148, 150 der C.P.O. als unanwendbar bezeichnet. Da das K.Verfahren vor einem Amtsgerichte stattfindet, so sind ferner schon hierdurch die für „Anwaltsprozesse" obligatorische Vertretung, C.P.O. § 78, sowie die nur für Anwaltsprozesse gegebenen Vorschriften der C.P.O. §§ 297, 297 beseitigt. Dagegen bleiben die auf die richterliche Leitung bezüglichen Vorschriften der C.P.O. §§ 136, 139—144, 150, 503 nebst den Vorschriften des G.V. §§ 177 ff. über Sitzungspolizei und Gerichtssprache für die Verhandlungen maßgebend; ebenso die Vorschrift der C.P.O. § 157 über die Zulassung von Bevollmächtigten und Beiständen. Auch C.P.O. § 158 über die Folgen der Entfernung oder einer Zurückweisung ist anwendbar; jedoch mit dem Unterschiede, daß diese Folgen niemals in einem Versäumnißverfahren im Sinne der §§ 330 ff. C.P.O. bestehen können, wohl aber in der allgemeinen Versäumnißfolge des § 230.

Für die Aufnahme der **Protokolle** bleiben die §§ 159–165, 509 C.P.O. anwendbar, nicht § 509 Abs. 2 in Ermangelung eines Rechtsstreits, und beim Wegfall einer mündlichen Verhandlung im Sinne des § 509 auch § 509 Abs. 1 nur entsprechend. Die Protokollirung der Erörterung über angemeldete Forderungen (§ 141) und der Abstimmung über einen Zwangsvergleich (§ 182) ist sachgemäß nicht bis zum Schlusse der gesammten Verhandlung auszusetzen, sondern sofort vorzunehmen. Der Unterzeichnung des Protokolls durch die Betheiligten bedarf es nicht. C.P.O. §§ 162, 163 160 Mot. 414.

Die für einzelne Fälle getroffene Vorschrift, daß Betheiligte vor der Entscheidung „zu hören" sind (K.O. §§ 84, 95, 105, 203, 208, 210, 217 218), hat hier, wie auch in der C.P.O. (§§ 102, 225, 891), nicht die Bedeutung, daß ihnen Gehör in mündlicher Verhandlung gestattet werden müßte. Es genügt, „rechtliches Gehör", d. h. Gelegenheit zur schriftlichen oder mündlichen Erklärung zu geben. Für die Entscheidung über einen Zwangsvergleich ist nach § 184 unbedingt ein Termin und eine mündliche Verhandlung (im weiteren Sinne der K.O.) gebunden und bestimmte Verhandlungen können nur in dem dazu bestimmten Termine vorgenommen werden, §§ 99, 141 ff.

3) **Zu Abs. 2. Zustellung der Entscheidungen.** Abs. 2 (von der R.K. zugefügt, Prot. 59, 60) bezieht sich nur auf die Zustellung der in Abs. 1 und 3 behandelten Entscheidungen. Durch Abs. 2 sind die Vorschriften der C.P.O. §§ 329, 310, 312, 317 geändert, wonach die Beschlüsse und Verfügungen des Gerichts auf Betreiben der Parteien zuzustellen oder im Termine zu verkünden, und nur „nicht verkündete" von Amtswegen den Parteien zuzustellen sind, und die Verkündung auch einer den Termin versäumenden Partei gegenüber gilt. Im K.Verfahren sollen alle Entscheidungen und Verfügungen von Amtswegen zugestellt werden. Diese Regel ist im Abs. 2 unterschiedslos für alle Entscheidungen, also auch für die verkündeten gegeben. Dies war auch bei der Einführung des Abs. 2 durch die R.K. beabsichtigt. Prot. 59, 60. Die Zustellung allein bietet auch den Fristbeginn für die sonst bei bloßer Verkündung unmögliche Beschwerde des Abs. 3. Eine bloße Wiederholung des § 329 Abs. 3 C.P.O. wäre neben § 72 überflüssig gewesen.

Digitized by Google

Hullmann Anm. 2; Petersen-Kleinfeller Anm. II. 4; Sarwey-Bossert Anm. 3; Küntzel, Kass.K. 23, 938. Die unanfechtbaren Entscheidungen will Oetker I, 106, 502 von der Nothwendigkeit der Zustellung im Falle der Verkündung ausschließen, weil nur der Fristbeginn für die Anfechtbarkeit Grund der Vorschrift sei, — was das Gesetz nicht erkennen läßt, Fitting § 31 Anm. 22; Hullmann, Wengler zu § 87 (a. F.).

Die Regel des Abs. 2 findet im Allgemeinen ihre Anwendung, wo es sich um die Entscheidung über Anträge und Verhältnisse Einzelner handelt, §§ 84, 91, 95, 96, 102 ff., 176. Sie wird durch einzelne besondere Vorschriften eingeschränkt: die Entscheidung auf Berichtigung des Vertheilungsverzeichnisses ist auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen, § 158; für die Bestätigung oder Verwerfung eines Zwangsvergleichs ist die Verkündung allein angeordnet und maßgebend, Anm. zu § 185; und in allen Fällen öffentlicher Bekanntmachung gilt diese zugleich als Zustellung für alle Betheiligten, §§ 76, 77. Neben der öffentlichen Bekanntmachung ist eine Zustellung nur nöthig, wo sie besonders vorgeschrieben ist (§§ 111, 179) vgl. Anm. 3 zu § 76. Die Wiederholung einer öffentlichen Bekanntmachung ist bei der Vertagung einer Gläubigerversammlung nicht nöthig, § 93 Abs. 2. Auch für den „neuen Termin" des § 182 Abs. 2 ist dessen Verkündung im ersten Vergleichstermine genügend, Anm. zu § 182. Dagegen ist es sonst gemäß der Regel des Abs. 2 nicht zulässig, in einem anberaumten Termin einen neuen Termin wirksam durch Verkündung allein ohne neue Zustellung oder Bekanntmachung anzusetzen.

4) **Die Frage, wem zugestellt werden soll,** ist nach den konkreten Umständen zu beantworten. In der Regel ist allen Betheiligten zuzustellen. Wer als Betheiligter, d. h. als derjenige anzusehen ist, für oder gegen den die Entscheidung als Willenserklärung des Gerichts bestimmt („erlassen") ist, ist nach den Umständen des einzelnen Falles zu ermessen. In der Regel ist es der, der von der Entscheidung in seiner Thätigkeit, seinen Rechten oder Interessen betroffen wird. Auch Oetker I, 98, 99 kann ungeachtet seiner Polemik gegen den „vagen" Begriff der Betheiligten zu einer andern allgemeinen Bestimmung nicht kommen. Wenn es sich um Beschlüsse handelt, die sich nur gegen den Antragsteller richten (Ablehnung eines Gesuchs), so ist dafür nur dieser betheiligt. Bei den Entscheidungen über Anträge oder Beschlüsse der Gläubigerversammlungen, §§ 80, 84, 99, sind alle K.Gläubiger und Interessenten (G.Schuldner und Verwalter) betheiligt; die Zustellung, die an die Gläubigerversammlung nicht adressirt werden kann, da sie kein Rechtssubjekt ist, muß daher an alle Betheiligte erfolgen; als Form dafür ist die öffentliche Bekanntmachung durch § 76 Abs. 3 gegeben. Die Ansicht von Sarwey-Bossert Anm. 3, daß dann die Zustellung an den Verwalter und an alle einzelnen Gläubiger zu erfolgen habe, läßt ohne Grund den § 76 Abs. 3 außer Betracht.

5) Für die **Form der Zustellung** von Amtswegen sind die Vorschriften der C.P.O. §§ 208 ff. anwendbar. Vgl. preuß. Ausf.-Ges. v. 6. März 1879 § 42.

6) **Anfechtung der Entscheidungen im Allgemeinen.** „Eine Anfechtung der Entscheidungen findet nicht statt" in den Fällen der §§ 95, 96, 163, 189 Abs. 3, 190 u. Ges. v. 1. Mai 1889 § 105 betr. Genossenschaften. Gegen alle anderen „Entscheidungen" des K.Gerichts (im Sinne der Anm. 1) ist die sofortige Beschwerde als einziges Rechtsmittel gegen die das K.Verfahren selbst betreffenden Entscheidungen zulässig. Für eine Wiederaufnahmeklage nach §§ 578 ff. C.P.O. ist sonach kein Raum, Oetker I, 108, vgl. jedoch C.P.O. § 577 Abs. 2. Hierdurch ist jedoch die Beschwerde über das K.Gericht im Disziplinarwege, insbesondere über Verzögerungen, nicht ausgeschlossen. Prot. zu C.P.O. S. 272. Auch die gewöhnliche Beschwerde nach § 567 C.P.O., in der K.O. nicht erwähnt, ist in dem unmittelbar durch die K.O. geregelten Verfahren nicht zulässig; sie kann indeß in einem durch den Konkurs veranlaßten Verfahren anwendbar sein, wenn die Frage nicht dem K.Verfahren eigenthümlich und nicht auf Grund der K.O., sondern auf Grund eines anderen Gesetzes zu entscheiden ist und die Voraussetzungen im Sinne des § 567 C.P.O. vorliegen, so betreffend Zeugen oder Sachverständige, C.P.O. §§ 380, 394, 409, betr. deren Gebühren gemäß der Geb.O., wegen verweigerter Rechtshülfe, G.V. §§ 159,

Digitized by Google

160, wegen Ungebühr G.V. § 183. Die Entscheidungen in den durch den Konkurs hervorgerufenen Prozessen unterliegen den ordentlichen Prozeßrechtsmitteln.

Die Ansicht von Fitting § 26 Anm. 16 und Kohler, Lehrb. 523, daß auch eine Ablehnung eines Antrags unanfechtbar sei, wenn das K.Gericht, weil es sich um eine, in sein freies Ermessen gestellte Maßregel handele, zur Ablehnung eine förmliche Entscheidung nicht zu erlassen brauche, sondern sich unthätig hätte verhalten können, wie in den Fällen der §§ 129 Abs. 1, 135 Abs. 2, widerspricht dem Zwecke und der gesetzlich allgemeinen Zulässigkeit der Beschwerde. Sofern nicht der reinen Willkür des Gerichts ein Thun oder Nichtthun überlassen ist, wogegen doch in der Regel die Vermuthung spricht, ist anzunehmen, daß ein sachgemäßes Ermessen zu üben ist. Die Beschwerde ist auch in solchen Fällen mit der Wirkung statthaft, daß das Ermessen des Beschwerdegerichts dann an Stelle des Ermessens des K.Gerichts tritt, wie für die C.P.O. (z. B. § 3) die gleiche Korrektur des Ermessens durch Rechtsmittel gegeben ist. Einen Antrag todtzuschweigen, würde, abgesehen von besonderen Umständen, der Amtspflicht des K.Gerichts nicht entsprechen. Vorausgesetzt ist für die Anfechtbarkeit natürlich, daß der abgelehnte Antrag von einem solchen gestellt wird, der dazu infolge seiner Betheiligung berechtigt ist, vgl. nachst. Anm. 8, also z. B. in den Fällen der §§ 129 Abs. 1, 135 Abs. 2 vom G.Schuldner, vgl. Völderndorff 2, Anm. 28 zu § 66 a. F; Endemann S. 66; Schultzenstein, Busch 17, 143; Kleinfeller, Bl. f. Rechtsanw. 58, 337. — Die von Oetker 1, 102 ff. in Gemäßheit seines theoretischen Systems (Anm. 1) aufgestellte Norm, daß alle Verwaltungsdekrete von der Anfechtbarkeit ausgeschlossen seien und nur gegen „Dezisivdekrete" und den „dezisiven" Inhalt gemischter Dekrete die sofortige Beschwerde zulässig sei, findet in dem § 73 und der entsprechenden Anwendbarkeit der C.P.O. keine Begründung, da Abs. 3 die sofortige Beschwerde gegen alle Entscheidungen statuirt, soweit die K.O. nicht ein anderes bestimmt. Die Unanfechtbarkeit würde zu einer unerträglichen Oberherrlichkeit des K.Gerichts führen, zu einer größeren, als der gemeinrechtliche Konkurs gestattete, worin das K.Gericht selbst verwaltete und Beschwerde über alle seine Akte zulässig war, vgl. auch P. § 127. Einem solchen Bruche mit der Vergangenheit fehlt die innere Berechtigung. Die Praxis läßt auch, soweit bekannt, die sofortige Beschwerde gegen Verwaltungsdekrete des K.Gerichts zu. — Wegen der Anfechtbarkeit in den Fällen der §§ 78, 83, 121, 123, 160, 161, 166, 170, 204 vgl. Anm. dazu. Der Grundsatz des § 99 C.P.O. über die Unzulässigkeit der Beschwerde, falls sie nur die Entscheidung über die Kostenpflicht betrifft, gilt auch für die K.O. RG. 22. Mai 1894, JW. 359.

7) Das Rechtsmittel der **sofortigen Beschwerde** (C.P.O. §§ 577, 567 ff.) ist binnen einer durch Parteienvereinbarung nicht abzuändernden Nothfrist von zwei Wochen einzulegen. Die Frist beginnt mit der Zustellung der Entscheidung. Abweichungen für den Beginn der Frist sind indeß in den §§ 158, 189 K.O. bestimmt. Ueber die Berechnung der Frist vgl. C.P.O. §§ 222, 224. Ueber die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Versäumung der Nothfrist s. C.P.O. §§ 233—238; über die Formen der Beschwerde, die „weitere Beschwerde" (die in Betreff des Beschlusses über Bestätigung oder Verwerfung des Zwangsvergleichs versagt ist, § 189 Abs. 3) und über das Verfahren vgl. C.P.O. §§ 567—570, 571—577, 78.

8) **Zur Beschwerde berechtigt** ist jeder Betheiligte, der durch die Entscheidung betroffen wird und verletzt sein kann. Betheiligt sind in der Regel der K.Verwalter und die K.Gläubiger; ferner der G.Schuldner in solchen Fällen, worin seine Zuziehung nicht ausgeschlossen oder nicht in Folge seiner Vertretung durch den K.Verwalter vollständig gedeckt ist (vgl. Pütter, in Raff.K. 27, 324); auch jeder einzelne K.Gläubiger, wenn alle betroffen werden, wie bei Ablehnung von Anträgen oder Beschlüssen von Gläubigerversammlungen §§ 79, 84, 99. Petersen-Kleinfeller Anm. III, 4; Stieglitz Anm. II; Fitting § 26 Anm. 21, 22. In solchen Fällen ist selbst anzunehmen, daß auch denjenigen Gläubigern, die in der G.V. nicht zugegen oder vertreten waren, bei entsprechender Anwendung der §§ 66, 67, 62 C.P.O. durch den Antrag eines Gläubigers der Interventionsbeitritt noch für das Rechtsmittel der Beschwerde gesichert ist. Hinsichtlich der

Digitized by Google

Entscheidungen über Beschlüsse der G.V. mit Hullmann Anm. 4 und Wengler Anm. II. 3 wegen Verletzung des gemeinschaftlichen Interesses eine Beschwerde nur „dem Organ, welchem die Wahrung dieses Interesses durch die K.O. anvertraut", zu gestatten: der Gläubigerversammlung oder auch dem G.Ausschusse, widerspricht dem in dieser Weise im Abs. 3 nicht eingeschränkten Beschwerderecht jedes Verletzten sowie dem Rechtscharakter der G.Versammlung, die kein Rechtssubjekt ist, und würde bei den Vorschriften des § 93 über die Berufung einer neuen G.Versammlung, die das Recht ausüben sollte, dieses selbst illusorisch machen. Darüber, daß überhaupt die G.Versammlung kein Beschwerderecht hat, vergl. Anm. zu § 93. Auch der Gläubigerausschuß hat kein Beschwerderecht, weil er nur gesetzliches Hülfsorgan der K.Verwaltung ist und keine Parteirolle hat, vgl. Anm. 1 § 87.

9) Für **K.Sachen vor einem Konsul** in einem Konsulargerichtsbezirke sind im Ges. v. 7. April 1900 §§ 44, 14 zwei Abweichungen hinsichtlich der Beschwerde bestimmt:

a. Der Konsul ist zur eigenen Abänderung seiner durch sofortige Beschwerde angegriffenen Verfügung befugt; § 577 Abs. 3 C.P.O. ist nicht anwendbar;
b. über die Beschwerde gegen den Konsul entscheidet das Reichsgericht und ist damit auch eine weitere Beschwerde hier ausgeschlossen.

§ 74.

Die Entscheidung des Beschwerdegerichts wird erst mit der Rechtskraft wirksam. Das Beschwerdegericht kann jedoch die sofortige Wirksamkeit der Entscheidung anordnen.

K.O.N.

Die erst von der Reichstagskommission in das Gesetz gebrachte Bestimmung ist dem § 26 des R.Ges. über die freiw. Gerichtsbkt. nachgebildet. S. Komm.Ber. z. K.O.N. S. 18. Hier wie dort hat sie den Zweck, „einen nachtheiligen Wechsel in der Ordnung der in Frage stehenden Rechtsverhältnisse thunlichst zu vermeiden". Ohne solche Bestimmung träte nach C.P.O. § 572 der Beschwerdebeschluß ohne Weiteres in Wirksamkeit. Es ist aber unzweckmäßig, z. B. den Eröffnungsbeschluß wieder außer Kraft zu setzen, wenn die Möglichkeit besteht, daß durch eine sofortige Beschwerde der die Eröffnung aufhebende Beschluß wieder aus der Welt geschafft werden kann. Anderseits aber kann der Betheiligte ein besonderes Interesse daran haben, daß z. B. eine von dem Amtsgericht abgelehnte Maßregel alsbald ergriffen wird, wie wiederum die Eröffnung des Konkurses, von der ab gewisse Fristen zu berechnen sind (§§ 30 ff.). Aus diesem Grunde ist dem Beschwerdegerichte die Befugniß gegeben, mit dem Beschluß zusammen auszusprechen, daß er sofortige Wirksamkeit haben soll. Der Beschluß wirkt dann gerade so, als wenn er vom Amtsgericht erlassen wäre. Doch kann ihm diese Wirksamkeit durch das noch weiter angerufene höhere Gericht wieder genommen werden (C.P.O. § 572 Abs. 3). Ueber die Rechtskraft entscheidet C.P.O. § 705; dadurch, daß die Beschwerde auch nach Ablauf der Nothfrist zulässig ist, wenn die Erfordernisse der Nichtigkeits- oder Restitutionsklage vorliegen (C.P.O. § 577 Abs. 3), wird die Wirksamkeit nicht aufgehalten.

§ 75. (67.)

Das Konkursgericht kann zur Aufklärung aller das Verfahren betreffenden Verhältnisse die erforderlichen Ermittelungen, insbesondere die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen, anordnen.

E. I. 75. P. 132 Abs. 6.

1) Die Anordnung kann auf Antrag oder von Amtswegen geschehen. Gegen die Anordnung, sowie gegen die Ablehnung eines Antrags ist sofortige Beschwerde zulässig, Anm. 1, 8 zu § 73. Die Bestimmung soll die Information der Verwaltungsorgane erleichtern, Prozesse vermeiden, und das Verfahren abkürzen (besonders bei Verhandlungen über K.Eröffnung und Zwangsvergleiche), und ist ausgesprochen, um über die Anwendbar-

Digitized by Google

keit der C.P.O. Zweifel zu beseitigen, die sich darauf gründen könnten, daß der Konkurs kein eigentlicher Prozeß ist. Das Gesetz gebraucht die Ausdrücke: „Zeugen" und „Sachverständige" im technischen Sinne und „will dadurch die entsprechende Anwendung der Vorschriften der C.P.O. §§ 375 ff., 404 ff. über die Aufnahme des Beweises, insbesondere die Zeugenpflicht, die Ablehnung eines Sachverständigen, die zulässigen Zwangsmittel, die Eidespflicht, die Entschädigung und die Zuziehung der Betheiligten sicherstellen. Als selbstverständlich ist vorausgesetzt, daß das Gericht jede andere zuständige Behörde um die Vornahme der Vernehmung oder sonstigen Ermittelung ersuchen kann". Mot. 299, 300. Die Gebühren-Ordnung für Zeugen und Sachverständige v. 30. Juni 1878 (Fassung v. 20. Mai 1898) ist im § 1 auch für das K.Verfahren anwendbar erklärt. Die Vorschriften der C.P.O. über Erlaß und Form eines Beweisschlusses sind nicht anwendbar, und die Vorschriften über Verzögerung der Beweismittel (§§ 367, 374, 402, 433) nur „entsprechend". Anm. 2 zu § 72. Die Vorschriften der C.P.O. §§ 391, 410, daß die Parteien auf die Beeidigung von Zeugen und Sachverständigen verzichten können, sind nicht ausgeschlossen. Sofern jedoch die in Rede stehenden Fragen nicht bloß einzelne Betheiligte treffen, sondern, wie die Regel sein wird, alle K.Betheiligten, verbietet sich dadurch die praktische Ausführung eines Verzichts, und bleibt die Beeidigung geboten, Petersen-Kleinfeller Anm. 3. Dem Ermessen des Gerichts mit Völderndorff zu c, Wengler zu § 67 a. E., Endemann S. 67 die Unterlassung anheimzustellen, würde keine entsprechende Anwendung der Vorschrift sein, daß sie zu beeidigen sind, wenn nicht von den Parteien verzichtet wird.

Die Vorschrift des alten H.G.B. Art. 40, die durch E.G. z. K.O. § 3 Abs. 1 ausdrücklich aufrecht erhalten war, und nach der das Gericht die Mittheilung der Handelsbücher des G.Schuldners zur vollständigen Kenntnißnahme anordnen konnte, ist überflüssig geworden, weil nach § 1 jetzt die Bücher des G.Schuldners zur K.Masse gehören.

§ 76. (68.)

Die öffentlichen Bekanntmachungen erfolgen durch mindestens einmalige Einrückung in das zur Veröffentlichung amtlicher Bekanntmachungen des Gerichts bestimmte Blatt; die Einrückung kann auszugsweise geschehen. Die Bekanntmachung gilt als bewirkt mit dem Ablaufe des zweiten Tages nach der Ausgabe des die Einrückung oder die erste Einrückung enthaltenden Blattes.

Das Gericht kann weitere Bekanntmachungen anordnen.

Die öffentliche Bekanntmachung gilt als Zustellung an alle Betheiligten, auch wenn dieses Gesetz neben ihr eine besondere Zustellung vorschreibt.

E. I. 98. P. 123. 148. 168. 183. 204.

1. Oeffentliche Bekanntmachungen.
2. Ihre Bewirkung.
3. Ihre Bedeutung
4. Besondere Zustellungen.

1) Oeffentliche Bekanntmachungen sind in der K.O. §§ 81, 93, 98, 111, 116, 151, 163, 179, 190, 198, 203, 205 vorgeschrieben und im § 106 als zugelassen erwähnt. Die Vorschriften des § 76 sind für die öffentlichen Bekanntmachungen im K.Verfahren an Stelle der C.P.O. §§ 204, 206 anwendbar. Die Vorschriften der C.P.O. sind zur Kostenersparung dahin geändert, daß die Anheftung an die Gerichtstafel und die Einrückung in den Deutschen Reichsanzeiger wegfällt, daß in allen Fällen die Einrückung nur auszugsweise zu geschehen braucht und nur eine einmalige Einrückung nöthig ist. Die Voraussetzungen, daß der Aufenthalt von Betheiligten unbekannt sein und das Gesuch einer Partei vorliegen müsse, fallen fort. Die Bekanntmachungen erfolgen, wie die einzelnen Vorschriften ergeben, sobald die sonstigen sachlichen Voraussetzungen gegeben sind, durch das K.G. von Amtswegen; nur im Falle des § 151 durch den Verwalter, ohne daß ihm dafür eine Vermittelung des Gerichts vorgeschrieben ist.

2) Weil die Anheftung an die Gerichtstafel wegfällt, ist im Satze 2 ein anderer Zeitpunkt bestimmt, **mit dem die Bekanntmachung als bewirkt anzusehen ist,** nämlich der

Digitized by Google

Ablauf des zweiten Tages nach der Ausgabe des die (erste) Einrückung enthaltenden Blattes. Der Tag der Ausgabe selbst wird nicht mitgerechnet; danach müssen zwei volle Tage vergangen sein, bevor die Bekanntmachung als bewirkt gilt. B.G.B. § 187. Ob einer der Tage, wenngleich der letzte, ein Sonntag oder Feiertag ist, macht keinen Unterschied. Entscheidend ist der Tag der allgemeinen Ausgabe am Orte des Erscheinens des Blattes (nicht der für Postsendungen nach auswärts schon Abends vorher nur zum Theil erfolgenden), und zwar der wirklichen Ausgabe (nicht des im Blatte gedruckten Datums, wenn dieses nicht mit der Ausgabe übereinstimmt; Petersen-Kleinfeller Anm. 2, Sarwey-Bossert Anm. 3, Fitting § 26 Anm. 4; a.M. Stieglitz Anm. II., Böldorndorff Anm. e III., Wengler Anm. 8). Für die Fälle des § 111 Abs. 2 und der §§ 163, 190, 205 ist indeß außer der Vorschrift des § 76 noch die Einrückung eines Auszugs in den Deutschen Reichsanzeiger vorgeschrieben. Für den Inhalt des Auszuges findet C.P.O. § 205 entsprechende Anwendung. Vgl. ferner preuß. Geschäfts-Ordnung für die Gerichtsschreib. der A.G. § 35, Just.-Min.-Bl. 1899 S. 420. In Konkursen, die von einem Konsul eröffnet worden sind, ist die Einrückung einer öffentlichen Bekanntmachung in den Reichsanzeiger in keinem Falle erforderlich. Ges. v. 7. April 1900 § 29. — Vgl. §§ 49, 50 preuß. Ausf.-Ges. v. 6. März 1879 über Anwendung des § 68 a. F. in Konkursen, die vor dem 1. Oktober 1879 eröffnet sind und dazu **RG.** 28. Mai 1883, Nass.-K. 27, 1058.

3) Zufolge der Fassung des Abs. 3 **gilt jede öffentliche Bekanntmachung** im K.Verfahren **als Zustellung** an alle Betheiligten; nicht nur in Fällen, für die ausdrücklich vorgeschrieben ist, daß sie erfolgen soll, sondern ebenso, wenn das K.Gericht eine öffentliche Bekanntmachung erläßt, ohne daß dies ausdrücklich vorgeschrieben ist (wie z. B. für besondere Prüfungstermine, § 142 Abs. 1, 3; für den Schlußtermin, § 162; für die Entscheidungen, die auf Anträge oder Beschlüsse der Gläubiger-Versammlungen nach §§ 80, 87, 99 erfolgen, vgl. Anm. 3 zu § 73); desgleichen für die Bekanntmachung des Verwalters nach § 151; und „auch", wenn neben der öffentlichen Bekanntmachung eine besondere Zustellung erfolgen soll.

4) Eine **besondere Zustellung** ist für den Eröffnungsbeschluß und für die Ladung zum Zwangsvergleichstermin vorgeschrieben, §§ 111 Abs. 3, 179. Mit Rücksicht auf die Schwierigkeit einer unbedingt richtigen Zustellung an zahlreiche Betheiligte kann nicht nur eine solche besondere Zustellung gemäß § 77 durch „Aufgabe zur Post" bewirkt werden; sondern ihre Unterlassung soll auch keine Wiederholung nöthig machen und keinen Beschwerdegrund bilden. Sie gilt daher als durch die öffentliche Bekanntmachung bewirkt. Nach der Ausdrucksweise der C.P.O. soll in jenen Fällen die besondere Zustellung erfolgen; sie muß aber nicht erfolgen. Ihre Bewirkung ist instruktionell vorgeschrieben, die Unterlassung hat jedoch keine Rechtsfolgen. Mot. z. C.P.O. § 4. Ist eine besondere Zustellung, in den Fällen, worin sie vorgeschrieben ist, erfolgt, so kann sie nicht übersehen werden und kommt für die Beschwerdefrist des § 73 Abs. 3 mit in Betracht; diese Frist ist von der besonderen Zustellung oder von der öffentlichen Bekanntmachung ab zu berechnen, je nachdem jene oder diese zuerst erfolgt ist. Hellmann Anm. 4, a.M. Wengler Anm. 3, Sarwey-Bossert Anm. 4.

§ 77. (69.)

Wenn neben der öffentlichen Bekanntmachung eine besondere Zustellung vorgeschrieben ist, so kann dieselbe durch Aufgabe zur Post bewirkt werden. Einer Beglaubigung der Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks bedarf es nicht.

Die dem Verwalter obliegenden Mittheilungen können unmittelbar und ohne besondere Form geschehen.

E. I. 98. P. 123. 148. 168. 183. 204.

1 Besondere Zustellungen. | 2. Mittheilung des Verwalters.

Digitized by Google

1) Ueber die Fälle und die Bedeutung solcher **besonderen Zustellungen** s. Anm. 3 zu § 73. Die einfachere und weniger kostspielige Form der **„Aufgabe zur Post"** gemäß C.P.O. §§ 175, 192 soll abweichend von C.P.O. § 175 in allen Fällen des § 77 (nicht in anderen) und insbesondere auch dann genügen, wenn der Adressat am Orte oder im Bezirke des K.Gerichts wohnt. Ueber sonstige selbständige besondere Zustellungen außer dem Falle des § 77 vgl. Anm. 3 zu § 73.

Die sonst nach C.P.O. § 170 vorgeschriebene **Beglaubigung** ist bei der großen Zahl der Mittheilungen und der Bedeutung der Bekanntmachung als unnöthig beseitigt. Prot. 61.

2) Dem Verwalter liegt insbesondere die **Mittheilung** der von ihm beabsichtigten, in den §§ 135, 133, 134 erwähnten Maßregeln an den G.Schuldner und des Prozentsatzes für Abschlagszahlungen an die Gläubiger (§ 159) ob. Für diese Mittheilungen ist von der sonstigen Form der Zustellung und von einer Zustellungsurkunde Abstand genommen. Die im § 151 vorgeschriebene öffentliche Bekanntmachung gehört zufolge dieser Ausnahme-Vorschrift nicht hierher; ebensowenig § 125.

§ 78. (70.)

Der Konkursverwalter wird von dem Gerichte ernannt.
Das Gericht kann demselben die Leistung einer Sicherheit auferlegen.

E. I. 76. 79. P. 128 ff. 211 ff.

1. Ernennung des Verwalters.
2. Befähigung zum Amte des Verwalters.
3. Verpflichtung zur Annahme des Amtes.
4. Anfang und Ende der Befugnisse.
5. Sicherheitsleistung.
6. Rückgabe der Sicherheit.

1) Ueber die Rechtsstellung des K.Verwalters ist auf die Vorb. 3 vor § 1 zu verweisen. Für **die Ernennung des Verwalters** ist die Bestimmung des Gerichts entscheidend. Die Gläubiger haben nur ein Vorschlagsrecht, §§ 80, 110. Die Vorschriften des § 78 sind nicht nur bei der K.Eröffnung, sondern auch ebenso anwendbar, wenn in Folge des Ausscheidens eines bisherigen Verwalters eine Vakanz eintritt; also im Falle des Todes des Verwalters, seiner Verhinderung durch geistige Unfähigkeit, seiner Entlassung, oder einer anderen Ernennung nach Wahl der Gläubigerversammlung. Diese Wahl allein bewirkt noch kein Ausscheiden. Der sofort bei der K.Eröffnuug Ernannte bleibt ohne besondere Bestätigung oder Erneuerung der Ernennung Verwalter, sofern nicht auf Vorschlag der Gläubiger ein Anderer ernannt wird oder seine Entlassung nach § 84 erfolgt.

Jeder Betheiligte: G.Schuldner oder Gläubiger hat das Recht zur Beschwerde über jede Ernennung, § 73 vgl. Anm. 2 zu § 80. — Eine Vereidigung oder Verpflichtung des Verwalters ist nicht vorgeschrieben. „Die Ernennung legt dem Verwalter die gesetzlichen Pflichten auf." Mot. 301—305.

2) **Die Befähigung zum Amte des K.Verwalters** verlangt im Allgemeinen keine andere Voraussetzung als die der Geschäftsfähigkeit. Auf gewisse Klassen von Personen ist die Auswahl nicht beschränkt, auch Frauen sind nicht ausgeschlossen. Der G.Schuldner selbst kann nach § 6 folgerecht nicht zum Verwalter ernannt werden. Auch abgesehen von den naheliegenden Kollisionen der Funktionen des Verwalters mit den Interessen des G.Schuldners (vgl. Anm. zu den §§ 1, 3, 6, 29) steht § 6, indem darin eine Verschiedenheit der Personen vorausgesetzt ist, direkt entgegen. A.M. Völderndorff Anm. f zu § 5 a. F. und Anm. a. II. zu § 70 a. F. Die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte bewirkt nach § 34 Nr. 6 Str.Ges.B., jetzt Art. 34, I. E.G. B.G.B. die Unfähigkeit, während der im Urtheile bestimmten Zeit „Kurator" zu sein, und im Sinne dieser sich an das preuß. Str.Ges.B. §§ 12, 21 anschließenden Vorschrift ist die gleiche Unfähigkeit, K.Verwalter zu sein, anzunehmen; bei der Berathung des E.G. B.G.B. ist unter „Kurator" gerade auch der K.Verwalter verstanden. Prot. II. 9132. Dagegen sind weder Verwandte des G.Schuldners, noch dessen Gläubiger oder Schuldner absolut ausgeschlossen. Wird ein Gläubiger zum Verwalter ernannt, so ist zur Vertretung für die Erledigung seiner An-

Digitized by Google

sprüche ein besonderer Verwalter ad hoc zu ernennen, Fuchs S. 102, Stieglitz Anm. II; ebenso wenn der Verwalter zugleich K.Verwalter eines anderen G.Schuldners ist, für den eine Forderung (K.Forderung oder Masse-Anspruch) geltend gemacht werden soll. Daß der Verwalter am Wohnorte des G.Schuldners oder am Sitze des K.Gerichts wohnt, wird nicht erfordert. Der Wohnort des Verwalters beschränkt gesetzlich überhaupt nicht hinsichtlich der Wahl. Auch Beamte sind durch die K.O. nicht ausgeschlossen. Inwiefern jedoch Beamten die Uebernahme der Funktion eines K.Verwalters gestattet oder dazu die Genehmigung ihrer vorgesetzten Dienstbehörde nöthig wird, ist nach der Landesgesetzgebung zu entscheiden. In Preußen ist insbesondere nach der Gerichtsvollz.Ordn. v. 31. März 1900 § 15 Abs. 2, J.M.Bl. S. 350 für die Gerichtsvollzieher gemäß den allgemeinen Vorschriften für Staatsbeamte die Genehmigung der vorgesetzten Dienstbehörde erforderlich.

3) **Eine Verpflichtung, die Ernennung anzunehmen,** hat Niemand, wenn er sie nicht (als ständiger, berufsmäßiger K.Verwalter u. s. w.) übernommen hat. Die Vorschrift, die C.P.O. § 407 für Sachverständige trifft, findet hier auch nicht analog Anwendung. Die Funktion als K.Verwalter ist kein öffentliches Amt, so wenig wie das Amt des Vormundes, wenngleich der Staat im öffentlichen Interesse sich das Ernennungsrecht vorbehält. Ueber die Folgerungen aus diesem Satze vgl. §§ 82, 85. Ob und unter welchen Verhältnissen eine Verpflichtung zur Uebernahme eines solchen Amtes als eine Art von Bürgerpflicht eingeführt werden soll, ist Sache der Landesgesetzgebung. Eine landesgesetzliche Bestimmung hierüber für unzulässig zu halten, liegt kein Grund vor; die K.O. hat dies dadurch, daß sie selbst keine Bestimmung darüber getroffen hat, nicht verboten. Ueber die Verpflichtung der Gerichts- und Amts-Notare in Württemberg vgl. Stieglitz Anm. II.

4) **Die gesetzlichen Befugnisse** des Verwalters nehmen mit der Ernennung und deren Annahme ihren **Anfang,** § 78 Abs. 1, mit der, wenngleich ohne besondere Formen dem Verwalter zugehenden Mittheilung der Ernennung, sofern deren Annahme erfolgt oder vorausgesetzt werden kann. Mot. 305. Die Annahme ist im Falle einer Verpflichtung des Ernannten als selbstverständlich vorauszusetzen und auch sonst aus einer vorbehaltlosen Hinnahme zu folgern. Für einen berufsmäßigen K.Verwalter kommen die Vorschriften des B.G.B. §§ 663, 675 zur Anwendung. Hat der Ernannte die Ernennung angenommen, so hat er sich dadurch zur Ausführung der Funktionen des Verwalters für diesen Konkurs verpflichtet, auch wenn er an sich gesetzlich zur Annahme nicht verpflichtet gewesen wäre. Er kann (gegen Petersen-Kleinfeller Anm. II. 9) das Amt nicht beliebig niederlegen; er ist Verwalter und kann als solcher nach § 84 durch Ordnungsstrafen zur Fortführung angehalten werden. Stieglitz Anm. II; Sarwey-Bossert Anm. 2; Meißner S. 234. In der Regel hat indeß das K.Gericht selbst kein Interesse, einen widerwilligen Verwalter dauernd zu behalten.

Die Beendigung des Amts des K.Verwalters tritt, abgesehen von der Beendigung des K.Verfahrens (§§ 163, 166, 190, 192, 205, vgl. Anm. zu § 163), ein, wenn der Verwalter stirbt oder nach § 84 entlassen wird. Nach Str.G.B. § 34, jetzt Art. 34 I E.G. B.G.B., bewirkt der Verlust der Ehrenrechte auch die Unfähigkeit, „Kurator" zu sein, worunter besonders auch der K.Verwalter zu verstehen ist (Anm. 2). Aber entgegen der in den früheren Auflagen angenommenen Ansicht ist anzunehmen, daß der Verlust der Ehrenrechte nicht von selbst das Amt des Verwalters beendigt oder die Bestallung unwirksam macht; vielmehr ist darin nur ein Entlassungsgrund zu finden. Das Str.G.B. § 34 bestimmt einige Unfähigkeiten, bei denen an eine Nichtigkeit nicht gedacht werden kann, so daß man auch von den anderen dort bestimmten eine solche Wirkung nicht anzunehmen braucht. Demgemäß bestimmte schon die Preuß. Vormundschaftsordnung v. 1875 § 25 den Verlust der Ehrenrechte nur als Grund der Entlassung eines Vormundes. Ebenso bestimmt B.G.B. § 1886. Vgl. auch E.G.G. § 173. Uebereinstimmend Protokolle II z. E.G. B.G.B. S. 9132. Wird der Verwalter körperlich oder geistig unfähig, so ist dies ein Entlassungsgrund; daß die Funktion von selbst mit der Unfähigkeit aufhöre, ist nicht bestimmt. Fitting § 29 Anm. 29. A.M. Sarwey-Bossert Anm. 2 § 84. Ueber die Unwirksamkeit von Verhandlungen mit einem früheren Verwolter vgl. Anm. 1 zu § 81.

Digitized by Google

5) **Sicherheitsleistung.** Für die Auferlegung einer **Sicherheit** und die Bestimmung der Art und Höhe ist das Ermessen des Gerichts entscheidend. Die Anträge des G.Schuldners oder der Gläubiger sind weder für noch gegen die Auferlegung entscheidend. Jeder Betheiligte hat aber auch hier das Recht zur Beschwerde, § 73. Die Beschwerde im Falle, daß die Sicherheit nicht auferlegt wird, zu versagen, giebt § 73 (gegen Fitting § 29 Anm. 25) keinen Grund; vgl. Anm. 4 zu § 73. Die Auferlegung einer Sicherheit kann als Bedingung der Ernennung gestellt werden oder auch nach der Ernennung erfolgen. Mot. 305. Die Sicherheit dient für die gesammte Amtsführung, also sowohl für das Gericht (zur Entnahme von Ordnungsstrafen, § 84), als auch für den G.Schuldner und die K.Gläubiger.

Die Sicherheit ist begrifflich allerdings eine prozessualische im Sinne des § 108 C.P.O., d. h. eine nach Konkursprozeßvorschrift im Falle des Verlangens des Gerichts zu leistende, nicht die Folge einer civilrechtlichen Verpflichtung, da den Betheiligten, wenngleich sie in deren Interesse erfordert wird, nicht ein Recht auf das Erfordern der Sicherheit eingeräumt ist. Die sonst nach § 72 eintretende entsprechende Anwendung des § 108 C.P.O. ist indeß durch § 78 sowohl darin ergänzt, daß das Gericht an eine (ohnehin ohne Zustimmung aller, auch noch nicht angemeldeter K.Gläubiger nicht ausführbare) Vereinbarung der Parteien nicht gebunden ist, als auch darin, daß das Gericht freie Bestimmung über die Art der Sicherheit hat, da es sogar ganz von der Sicherheit absehen kann. Durch das Beschwerderecht kann also nur erreicht werden, daß das Beschwerdegericht mit gleichem freien Ermessen prüft, ob das K.Gericht von seinem Ermessen einen sachgemäßen Gebrauch gemacht hat. — Darüber, wie die Sicherheitsleistung ausgeführt werden soll, giebt die K.O. keine Vorschriften. Die Sicherheitsleistung setzt nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen einen Vertrag voraus. Selbst die Hinterlegung von Geld und Werthpapieren, mit der nach B.G.B. § 233 der Berechtigte ein Pfandrecht erwirbt, giebt (gegen Planck Anm. 1 zu § 233) nicht an sich ein gesetzliches Pfandrecht, sondern § 233 bestimmt nur, daß im Wege der Hinterlegung ein Pfandrecht begründet werden kann, obgleich eine Uebergabe an den Gläubiger nicht stattfindet. Vgl. Anm. 9 zu § 49 und im Uebrigen B.G.B. §§ 873, 1205, 1273. Gegenüber dem Verwalter fehlt es aber an einem Vertragschließenden, ebenso wie für die Fälle, in denen eine Uebergabe des Pfandes an den Gläubiger erforderlich ist, an einem Empfänger. Das Gericht vertritt die Gläubiger nicht. Ebenso kann es in der Zwangsverwaltung bei der von dem Verwalter durch das Gericht erforderten Sicherheitsleistung liegen (Zw.Verst.Ges. § 153). Aehnlich liegt auch die Sache bei der Sicherheitsleistung, die im Zwangsversteigerungs-Verfahren von einem Bieter für sein Gebot geleistet wird und nicht nur den die Sicherheit fordernden Betheiligten, sondern allen Betheiligten haften soll. Nur die Hinterlegung wird hier durch die Uebergabe an das Gericht ersetzt. Zw.V.G. §§ 67—69, 108. Auch bei der Sicherheit, von deren Leistung der Erlaß eines Arrestbefehls oder einer einstweiligen Verfügung abhängig gemacht wird, C.P.O. §§ 707, 719, 769, 771, 921, 936, fehlt es zunächst an einem Vertragsschluß. In einem anderen Falle der Anordnung einer Sicherheitsleistung durch das Gericht, bei der Sicherheitsleistung des Vormunds, B.G.B. § 1844, ist besonders bestimmt, daß bei der Bestallung, Aenderung und Aufhebung der Sicherheit die Mitwirkung des Mündels durch die Anordnung des Vormundschaftsgerichts ersetzt wird. Kann man in den erwähnten Fällen der C.P.O. in der einseitigen Sicherheitsleistung und deren Mittheilung an den Gegner ein Angebot finden, das einer Annahmeerklärung nicht bedarf, B.G.B. § 151, so wird man für andere Fälle, insbesondere für den § 78 Abs. 2 K.O., zu einer gleichen Konstruktion greifen müssen, wie sie durch B.G.B. § 1844 geboten ist, um die zweifellose Absicht des Gesetzes zu erreichen, den Betheiligten eine wirkliche Sicherheit, ein Pfandrecht zu verschaffen. Nur damit kann ein Recht auf abgesonderte Befriedigung im Konkurs des Verwalters begründet werden (§ 48).

6) Eine weitere Frage ist die, wie der Verwalter vor oder nach völliger Erledigung seiner Verwaltung **die Rückgabe der Sicherheit** erlangen kann. Ohne Zweifel kann das Gericht, solange die Sicherheit nicht bestellt ist, von seinem Verlangen Abstand

Digitized by Google

nehmen. Ist die Sicherheit bestellt und damit ein Pfandrecht begründet, so ist es nicht bloß für die bis dahin entstandenen Ansprüche begründet, sondern nach seinem Zweck für alle Ansprüche, die aus dem fortdauernden Rechtsverhältnisse entstehen können, und man kann wohl, wie auch in den früheren Auflagen geschehen ist, zu der Annahme gelangen, daß es nur von den berechtigten Personen aufgegeben werden kann. Beachtet man aber, daß in jedem Falle unbekannte Massegläubiger betheiligt sein können, daß bei der Beendigung des Konkurses durch Vertheilung der Masse außerdem eine mehr oder weniger große Zahl von Gläubigern betheiligt ist, und daß im Falle einer Aufhebung des K. wegen Mangels einer zulänglichen Masse auch die noch nicht angemeldeten Gläubiger betheiligt sind, so wird man erkennen, welche Schwierigkeiten bei der Annahme entstehen, daß die Freigebung der Sicherheit nur durch Willenserklärungen aller Betheiligten erlangt werden kann, die je nach Umständen auch noch der Beglaubigung bedürfen. Ein solcher Erfolg würde thatsächlich nicht nur den Verwalter abhalten, eine Sicherheit zu bestellen, sondern auch das Gericht, eine Sicherheit zu verlangen. Es geht nicht anders, als daß unter dem Rechte des Gerichts, eine Sicherheitsleistung aufzulegen, das Recht verstanden wird, in jedem Augenblick darüber zu befinden, ob eine Sicherheitsleistung erforderlich ist, also auch das Recht, die bestellte Sicherheit aufzugeben. Das Gericht muß zur Begründung seines Ermessens die Sachlage prüfen, je nach Umständen die Abnahme der Rechnung abwarten und die Ausführung der Schlußvertheilung, auf die sich die Rechnungsabnahme nicht erstreckt, sich glaubhaft machen lassen. Die Vorschriften des B.G.B. § 1844 Abs. 1 unterstützen diese Auffassung insofern, als sie das Vormundschaftsgericht ermächtigen, auch die Minderung oder Aufhebung der Sicherheit anzuordnen, obgleich diese Maßregeln im Falle des Vormunds ohne erhebliche Schwierigkeiten anders als die Anordnung der Sicherheitsleistung hätten behandelt werden können. Vgl. Kullmann A. 7; Petersen-Kleinfeller A. II 11; Sarwey-Bossert A. 3; Jäger A. 12 b.

§ 79. (71.)

Wenn die Verwaltung verschiedene Geschäftszweige umfaßt, so können mehrere Konkursverwalter ernannt werden. Jeder von ihnen ist in seiner Geschäftsführung selbständig.

E. I. 77. P. 136. 216.

1. Mehrere Verwalter. | 2. Gehülfen des Verwalters.

1) Die Ernennung **mehrerer Verwalter** ist nur für den Fall gestattet, „daß jedem derselben ein besonderer, in sich abgeschlossener Geschäftszweig übertragen werden kann". Jeder ist für seinen Geschäftszweig allein K.Verwalter und verantwortlich. Zulässig ist darnach, daß für einzelne abgesonderte Geschäftszweige (etwa weil sie in größerer Entfernung betrieben werden oder besondere Kenntnisse voraussetzen) besondere Verwalter neben einem Verwalter, der als solcher in allem Uebrigen mit Ausschluß jener Geschäftszweige thätig ist, bestellt werden. Ueber Zuständigkeitsstreitigkeiten der verschiedenen Verwalter hat das K.Gericht in Folge seines Ernennungsrechts (§§ 78, 79) bestimmend zu entscheiden; über die rechtlichen Folgen schon erfolgter Handlungen für Dritte indeß im Falle eines Streites das zuständige Prozeßgericht.

2) Ist eine Theilung der Geschäfte nach bestimmten Zweigen unthunlich, „so muß es dem Verwalter überlassen bleiben, sich der Unterstützung von **Gehülfen** zu bedienen, die seiner Beaufsichtigung und seinen Anweisungen unterworfen sind, und für deren Thätigkeit er nach Maßgabe der Vorschriften des bürgerlichen Rechts aufzukommen hat". Mot. 305, 306. B.G.B. §§ 278, 831. Die Vertretung des Verwalters durch Bevollmächtigte für einzelne Angelegenheiten ist durch das Gesetz nicht ausgeschlossen. Vgl. Anm. 2 zu § 141.

§ 80. (72.)

In der auf die Ernennung eines Verwalters folgenden Gläubigerversammlung können die Konkursgläubiger statt des Ernannten eine

Digitized by Google

andere Person wählen. Das Gericht kann die Ernennung des Gewählten versagen.

E. I. 78. P. 213.

1. Wahl eines neuen Verwalters. | 2. Versagung der Ernennung und Beschwerde dagegen.

1) **Die Wahl eines neuen Verwalters** ist nicht nur in der im § 80 bezeichneten ersten Gläubigerversammlung, sondern auch in jeder späteren nach §§ 93, 98 einzuberufenden zulässig. Mot. 302, 303. Jedem ernannten Verwalter gegenüber kann das Wahlrecht der G.Versammlung nur einmal („in der auf die Ernennung folgenden G.Versammlung") ausgeübt werden.

2) **Wird die Ernennung des Gewählten versagt,** so bleibt der früher ernannte Verwalter in Funktion. Prot. 62. Die Versagung kann ohne Angabe von Gründen erfolgen; und die Gründe zur Versagung sind gesetzlich nicht beschränkt. **Jeder Betheiligte,** der G.Schuldner und jeder einzelne K.Gläubiger, vgl. Anm. 8 zu § 73, **hat das Recht zur Beschwerde;** im Bericht über die Beschwerde wird sich das Gericht über die Gründe auszusprechen haben. Das Beschwerderecht ist gesetzlich nicht auf die im Termine anwesend Gewesenen beschränkt. Vgl. Prot. 62. In gleicher Weise kann auch jeder Betheiligte gegen die Ernennung des gewählten oder eines andern Verwalters die Beschwerde einlegen und zwar mit Rücksicht auf die Statthaftigkeit neuer Gründe (C.P.O. § 570) ohne Rücksicht, ob er für oder gegen den Ernannten gestimmt hat. Die Beschwerde nur einem überstimmten Gläubiger unter den Formen des ohnehin hier unanwendbaren § 99 zu gestatten (so Fitting § 29 Anm. 3), würde eine unberechtigte Einschränkung sein, vgl. Anm. 8 zu § 73; Petersen-Kleinfeller Anm. I, 2. Wer als Verwalter gewählt, aber nicht ernannt ist, wird jedoch als solcher noch nicht betheiligt und hat durch die Wahl noch kein Recht, also auch keine Beschwerde über Nichtberücksichtigung von Rechten. Wird ein Gewählter ernannt, so ist damit der früher Ernannte von selbst entlassen, und hat in Folge der ihm gegenüber nach § 80 freien Befugniß des Gerichts kein Beschwerderecht. Der Ernannte, der ablehnen will und dazu berechtigt ist, ist nicht durch die Ernennung, sondern durch eine Nichtberücksichtigung seiner Ablehnung verletzt und hat hiergegen die Beschwerde. Das Beschwerdegericht hat das gleiche souveräne Ermessen und die gleiche Befreiung von der Verpflichtung, Gründe anzugeben.

§ 81. (73.)

Der Name des Verwalters ist öffentlich bekannt zu machen.

Dem Verwalter ist eine urkundliche Bescheinigung seiner Ernennung zu ertheilen. Er hat dieselbe bei der Beendigung seines Amts dem Gerichte zurückzureichen.

E. I. 80. P. 128. 130. 214.

1. Zweck der Bekanntmachung. | 2. Ertheilung und Rückgabe der Bestallung.

1) Nicht bloß bei der K.Eröffnung, sondern bei jeder auch späteren Ernennung eines Verwalters ist sein Name nach den Bestimmungen des § 76 öffentlich bekannt zu machen. **Die Bekanntmachung hat natürlich den Zweck,** die Legitimation des Verwalters allseitig bekannt zu geben. Indeß wird dadurch weder der Beginn seiner Legitimation, noch das Ende der Funktion eines früheren Verwalters bestimmt. Vgl. hierüber Anm. 1 zu § 78. Auch der durch eine Bekanntmachung oder durch andere Umstände veranlaßte gute Glaube, daß Jemand noch fortdauernd (oder überhaupt) Verwalter sei, hat keinen Einfluß auf die Verbindlichkeiten für die K.Masse. Mit der Bekanntmachung, die ohnehin für die Beendigung der Funktion eines Verwalters nicht vorgeschrieben ist, ist eine solche Folge im § 81 nicht verbunden. Wer mit Einem verhandelt, der nicht oder nicht mehr Verwalter ist, steht, da nur der wirkliche Verwalter kraft Gesetzes die Vollmacht hat, den G.Schuldner hinsichtlich der K.Masse zu vertreten, der K.Masse gegenüber demjenigen gleich, der mit einem Nichtbevollmächtigten verhandelt; auch wenn er gutgläubig war. Ueber die Wirkungen entscheidet das bürgerliche Recht. Vgl. B.G.B. §§ 177—179.

Digitized by Google

2) Ertheilung und Rückgabe der Bestallung sind Zweckmäßigkeits-Maßregeln. Ist das Amt eines Vertreters beendigt, Anm. 1 zu § 78, so ist er auch ohne Rückgabe der Bestallung nicht mehr berechtigt, als Verwalter zu handeln. Die Zurückreichung kann vom Gericht gegen einen gewesenen Verwalter durch Ordnungsstrafen nicht mehr erzwungen werden, wohl aber durch Klage eines neuen Verwalters.

§ 82. (74.)

Der Verwalter ist für die Erfüllung der ihm obliegenden Pflichten allen Betheiligten verantwortlich.

E. I. 81. P. 132. 215. K.O.N.

1. Verantwortlichkeit des Verwalters.
2. Pflichten des Verwalters.
3. Betheiligte.

1) Ueber die Verantwortlichkeit des K.Verwalters bestimmte der alte § 74, an dessen Stelle § 82 getreten ist:

Der Verwalter hat die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters anzuwenden.

Diese Vorschrift, die von besonderer Bedeutung war, so lange die K.O. in Gebieten verschiedenen Rechts anzuwenden war, mußte fallen gelassen werden, da das B.G.B. über das Maß der aufzuwendenden Sorgfalt Bestimmungen getroffen hat, die auch für den Verwalter und die ihm als solchem obliegenden Pflichten gelten.

In B.G.B. § 276 ist vorgeschrieben, daß der Schuldner, sofern nicht ein Anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat und daß fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht läßt. Etwas Besonderes ist für den Verwalter nicht bestimmt; die Beschränkung der Vertretung auf die von ihm in eigenen Angelegenheiten angewandte Sorgfalt ist also ausgeschlossen. Es genügt deshalb, die Verantwortlichkeit des Verwalters für die Erfüllung der ihm obliegenden Pflichten im Allgemeinen auszusprechen. Der Umfang der Ersatzpflicht ist durch B.G.B. §§ 249, 252, 254, 255 gegeben. Bedient sich der Verwalter eines Gehülfen, so haftet er für ihn nach Maßgabe des B.G.B. § 831.

2) Welche Pflichten dem Verwalter obliegen, ist aus der K.O. festzustellen. Sie ergeben sich dem G.Schuldner und den K.Gläubigern gegenüber aus der übernommenen Verwaltung, §§ 6, 117 der Bestimmung der K.Masse, § 3, und den besonderen Vorschriften über gewisse Verwaltungshandlungen, z. B. §§ 116, 117 Abs. 2, 128, 132 Abs. 1, 133, 134, 135. Den Massegläubigern gegenüber hat er die besondere Pflicht, bei Beendigung des Konkurses für ihre Befriedigung zu sorgen, §§ 116, 191, 205, vgl. **RG. 36**, 94, das die durch die Novelle im § 116 ausdrücklich dem Verwalter auferlegte Pflicht schon aus den übrigen Bestimmungen der K.O. herleitete. Diese Pflicht geht aber nur dahin, für die richtige Verwendung der Masse zu sorgen. Dem Forderungsrecht der Massegläubiger entspricht dagegen nicht eine Verpflichtung des Verwalters zur Leistung aus § 82. Auch wenn er die Pflicht aus § 191 versäumt hat, bleibt doch der Bestand der Forderung nach den für sie ohnehin maßgebenden Vorschriften zu beurtheilen. Man wird z. B. nicht annehmen können, daß Gesellschafter des G.Schuldners, die von diesem nur Haftung für die von ihm in eigenen Angelegenheiten angewandte Sorgfalt verlangen können, B.G.B. § 708, von dem Verwalter bei der beschränkten Fortsetzung der Gesellschaft, B.G.B. § 728 Z. 2, auf Grund des § 82 Einstehen für die im Verkehr übliche Sorgfalt zu fordern berechtigt seien, während für die Masse der Gesellschaftsvertrag maßgebend bleibt, § 59 Z. 2. Massegläubiger sind auch die Absonderungsberechtigten und Aussonderungsberechtigten, sofern ihnen der Gegenstand der Absonderung oder Aussonderung durch Handlungen des K.Verwalters entgangen ist und ihnen danach überhaupt ein Anspruch bleibt, § 59 Z. 1. In Beziehung auf die Absonderung und Aussonderung hat der Verwalter als solcher keine Pflichten gegen die Berechtigten, die ihre Rechte außerhalb des Konkurses geltend zu machen haben (vgl. Anm. 7 zu §§ 43, 4 Abs. 2): Er darf nur wie jeder Andere ihre Rechte nicht verletzen. Hat er dies durch eine unerlaubte Handlung gethan, so haftet er aus

Digitized by Google

dieser; aber der Anspruch folgt anderen Regeln als der aus § 82 z. B. in Ansehung der Verjährung (die Vorschrift des B.G.B. § 839 Abs. 1 S. 2 findet bei dem Anspruch aus einer von dem Verwalter begangenen unerlaubten Handlung keine Anwendung, da der V. zwar einen öffentlichen Auftrag hat, aber kein Beamter im technischen Sinne ist, RG. 43, 62). Davon unabhängig kann aus den Handlungen des Verwalters nur ein Anspruch gegen die Masse und allenfalls ein zur Masse gehörender Anspruch gegen den Verwalter entstehen. Vgl. RG. 34, 27.

3) Wer zu den **Betheiligten** gehört, denen gegenüber der Verwalter auf Grund des § 82 verantwortlich ist, ergiebt sich aus den Ausführungen Anm. 2. Der § 82 hat in dieser Beziehung keine Aenderung des alten § 79 gebracht. Die jetzige Vorschrift mit den Worten „allen Betheiligten" ist zuerst in das Zw.Verst.Ges. § 154 für den Zwangsverwalter aufgenommen und hat dort im Gegensatz zu der weiteren Vorschrift, daß der Verwalter in der Zwangsverwaltung dem betreibenden Gläubiger und dem Schuldner Rechnung zu legen habe, die Bedeutung, daß die Verantwortlichkeit darüber hinaus gegenüber allen Betheiligten besteht. Von dort ist die Vorschrift gleichlautend hierher übernommen, um den § 82 mit dem § 154 Z. 1 des Zw.Verst.Ges. in Einklang zu bringen (Begr. der K.O.N. S. 37). Wer in dem Verfahren der Zwangsverwaltung zu den Betheiligten gehört, ist in § 9 Zw.Verst.Ges. bestimmt; diejenigen, mit denen der Verwalter Verträge geschlossen oder mit denen er durch irgend eine Handlung in Rechtsbeziehungen getreten ist, gehören nicht dazu; er haftet aus dem § 154 nur denen, für deren Rechnung er verwaltet. Ebenso wird man nach der Entstehung des § 82 annehmen dürfen, daß er lediglich die dem K.Verwalter obliegenden Pflichten der Verwaltung gegenüber den Konkursbetheiligten betrifft. Die Ansprüche des G.Schuldners und der K.Gläubiger sind hauptsächlich von einem neuen Verwalter geltend zu machen, der für die zu entschädigende K.Masse aufzutreten hat; der G.Schuldner ist dazu erst nach der K.Beendigung berechtigt, weil er während des Konkurses für die K.Masse, in die jede zu verlangende Entschädigung gelangen muß, zu sorgen nicht legitimirt ist, sondern nur nachher für sich, RG. 20, 109; 31, 119; der einzelne K.Gläubiger nur wegen der Verletzung seiner individuellen Rechte, nicht wegen einer Beschädigung der Masse, RG. 17. Dezbr. 1886, Rass. K. 31, 1129. Die Gläubigerversammlung ist niemals zur Klage berechtigt, weil sie ja kein Rechtssubjekt ist. Noch weniger kann sie durch einen Beschluß die den einzelnen Gläubigern zustehende Verfolgung ausschließen.

§ 83. (75.)

Der Verwalter steht unter der Aufsicht des Konkursgerichts.

P. 132. 215.

1. Aufsichtsrecht. | 2. Aufsichtspflicht.

1) **Aufsichtsrecht.** Die Vorschrift (übereinstimmend mit P. § 132 Abs. 1) ist derartig dehnbar, daß je nach der praktischen Anwendung der K.Gerichte die verschiedenartigste Behandlung der Konkurse möglich wird. Die Mot. sagen: „Keineswegs ist beabsichtigt, das Gericht durch Beilegung von Disziplinarbefugnissen indirekt zu einer oberen Instanz in Verwaltungssachen zu machen. Der bezeichnende Unterschied liegt darin, daß dasselbe niemals die Zweckmäßigkeit, sondern nur die Pflichtwidrigkeit der Handlungen oder Unterlassungen des Verwalters zu prüfen hat. Direkte Verstöße gegen die gesetzlichen Vorschriften, grobe Vernachlässigung der Amtspflichten können von dem Gerichte ohne Einmischung in die eigentliche Verwaltung sehr wohl geahndet werden. In der Regel wird dasselbe nicht von Amtswegen, sondern nur auf Antrag vorgehen." Mot. 306. Einen Ausdruck im Gesetze haben indeß diese Erwägungen nicht bekommen. Im Gegentheil ist in einzelnen Fällen (§§ 99, 188 Nr. 2) das K.Gericht geradezu angewiesen, die Interessen der K.Gläubiger, also die Zweckmäßigkeit, zu berücksichtigen. In den meisten Fällen ist auch das Urtheil über Vernachlässigung von Pflichten und über pflichtwidrige Handlungen und Unterlassungen nicht füglich von der Beurtheilung der Zweckmäßigkeit zu trennen. Da man jedoch annehmen kann, daß die Mot. den Geist wiedergeben, in dem die Vorschrift ver-

Digitized by Google

standen sein soll, so ist sie möglichst beschränkend in jenem Sinne auszulegen. RG. 29, 83; Anm. 1 zu § 87.

Aus der Vorschrift folgt außer den besonderen Bestimmungen des § 84 das Recht des K.Gerichts, jederzeit Auskunft und Rechenschaft zu verlangen. Ob auch das Recht, Verweise zu ertheilen, eingeschlossen ist (von Sarwey, Völderndorff und Petersen-Kleinfeller verneint), ist neben den besonderen Bestimmungen des § 84 eine müßige Frage. Hinsichtlich der Verwaltung selbst ist die direkte Thätigkeit des Gerichts auf die vorläufige Untersagung einzelner Verwaltungsmaßregeln (§§ 135, 160), auf die Untersagung der Ausführung von Beschlüssen der G.Versammlung (§ 99) und die Versagung der Genehmigung zur Vornahme der Schlußvertheilung (§ 161) beschränkt. Es ist anzunehmen, daß durch das Aufsichtsrecht keinenfalls das K.Gericht berechtigt sein soll, vom Verwalter zu verlangen, daß er positiv bestimmte Verwaltungsakte vornimmt, z. B. Anfechtungsklagen anstellt (a.M. Schultze S. 68), da eine solche positive Einwirkung des Gerichts nach der gesammten Gestaltung des Amtes des Verwalters und dem Geiste der K.O. einer ausdrücklichen Vorschrift bedurft hätte. Vgl. Endemann S. 421; L.G. Dresden in Busch 8, 491. Außerhalb der geschäftlichen Thätigkeit unterliegt der Verwalter nicht einer Disziplinargewalt des Gerichts über seine Person und sein Privatverhalten, wenngleich dies zu einer Entlassung Veranlassung geben kann.

2) Die Aufsichtspflicht des K.Gerichts ist die nothwendige Ergänzung des Aufsichtsrechts. Eine Versäumung dieser Pflicht macht nach B.G.B. § 839 schadensersatzpflichtig. Der Konkursrichter haftet zunächst unbedenklich überall da für ein von ihm begangenes Versehen, wo ihm bestimmte Aufgaben übertragen sind, §§ 99, 135, 160, 161. Es kann ihm sodann aber auch ein Vorwurf daraus gemacht werden, daß er es unterlassen hat, Auskunft und Rechenschaft zu verlangen, daß er z. B. nicht regelmäßig sich davon überzeugt, ob die in den Händen des Verwalters befindliche Aktivmasse auch noch wirklich vorhanden ist. Dazu kann gehören, daß er, um Verschiebungen unmöglich zu machen, sich von dem Vorhandensein aller oder doch einer großen Anzahl von Massen gleichzeitig versichert, und ein Uebersehen dieser Vorsichtsmaßregeln kann ihn den Gläubigern des Konkurses verantwortlich machen, in dessen Verwaltung er den Kassenbestand sich hat unrichtig nachweisen lassen.

§ 84. (76.)

Das Gericht kann gegen den Verwalter Ordnungsstrafen bis zu zweihundert Mark festsetzen. Es kann denselben vor der auf seine Ernennung folgenden Gläubigerversammlung von Amtswegen, später nur auf Antrag der Gläubigerversammlung oder des Gläubigerausschusses seines Amtes entlassen.

Vor der Entscheidung ist der Verwalter zu hören.

E. I. 82. P. 133. 215.

1. Ordnungsstrafen.
2. Entlassung.
3. Gehör.

1) Eine **Ordnungsstrafe** kann das Gericht von Amtswegen oder auf Antrag von Gläubigern festsetzen. Streitig ist, ob die Ordnungsstrafe lediglich eine einmalige Strafe für eine begangene Pflichtwidrigkeit sein soll (Petersen-Kleinfeller Anm. II. 8; Sarwey-Bossert A. 1; Fitting § 29 A. 21; Meißner S. 255 A. 9) oder ob sie als Zwangsmittel zur Pflichterfüllung angewandt, deshalb bis zur Erreichung des Zweckes wiederholt angewandt werden darf, und vor der Festsetzung angedroht werden muß (Völderndorff zu b; Jaeger A. 1, 2). Ein einheitlicher Begriff der Ordnungsstrafe läßt sich aus den Reichsgesetzen nicht entnehmen. In dem Vereinszollgesetz vom 1. Juli 1869 § 152, dem Gesetz btr. den Spielkartenstempel v. 3. Juli 1878, § 11, dem Ges., btr. die Erhebung von Reichsstempelabgaben (Bek. v. 3. Juni 1885) § 33 werden Ordnungsstrafen für Vergehungen minderer Strafbarkeit angedroht. Nach B.G.B. § 1837 Abs. 2 kann das Vormundschafts-

Digitized by Google

gericht den Vormund und den Gegenvormund zur Befolgung seiner Anordnungen durch Ordnungsstrafen anhalten, deren Festsetzung nach G.F.G. § 33 eine Androhung vorausgehen muß. Nach G.F.G. §§ 132 ff. und dem Ges. btr. die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften (Bek. v. 20. Mai 1898) § 160 werden Anmeldungen zum Handelsregister und zum Genossenschaftsregister durch vorher anzudrohende Ordnungsstrafen erzwungen. In dem Zw.Verst.Ges. § 153 ist das Gericht ebenso wie im § 84 K.O. lediglich ermächtigt, gegen den Verwalter Ordnungsstrafen festzusetzen. Der K.Verwalter ist vor der Festsetzung zu hören (Abs. 2); das ist Alles, was über die Strafe gesagt ist. Auch die Mot. 306, 307 geben keinen Aufschluß. Es erscheint danach unbedenklich, daß das K.Gericht für eine begangene Pflichtwidrigkeit eine Strafe ohne vorherige Androhung festsetzen kann. Es steht aber auch nichts entgegen, eine an sich zulässige Anweisung an den Verwalter mit der Androhung einer Ordnungsstrafe zu verbinden und, wenn der Verwalter der Anweisung nicht nachkommt, sie mit gleicher Androhung zu wiederholen, auch die angedrohten Strafen festzusetzen und damit einen Zwang auszuüben. Das kann z. B. sehr wohl geschehen, wenn der K.Verwalter einer Aufsichtsverfügung, dem Erfordern einer Auskunft, A. zu § 83, nicht nachkommt. Die Nichtbeachtung einer wiederholten Verfügung stellt auch eine neue Pflichtverletzung dar und in jedem Falle handelt es sich um die Bestrafung einer solchen. Die Entlassung, zu der schließlich geschritten werden müßte, steht dem K.Gericht nicht so einfach zu Gebote. Eine Verwandlung der Strafen in Haft ist (gegen Wengler A. 2) in Ermangelung einer dazu ermächtigenden Vorschrift nicht zulässig.

2) Die **Entlassung** kann, da in dieser Beziehung § 84 keine Beschränkung bestimmt, aus jedem sachgemäßen Grunde (wegen Pflichtwidrigkeiten, Unfähigkeiten ꝛc.) erfolgen. Gründe brauchen im Beschlusse nicht angegeben zu werden. Die Entlassung durch das Gericht soll nur vor der auf die Ernennung folgenden G.Versammlung] von Amtswegen erfolgen dürfen. Mit dieser Versammlung hört dies Recht auch dann auf, wenn sie keinen Verwalter gewählt, also von der Befugniß aus § 80 keinen Gebrauch gemacht hat oder der Gewählte nicht ernannt ist. Nach dieser Versammlung soll eine Entlassung niemals von Amtswegen erfolgen, damit die Interessen der Gläubiger gewahrt bleiben, zumal die Berufung einer G.Versammlung zum Zwecke eines nach § 84 nöthigen Antrags nach § 93 auch von Amtswegen erfolgen kann. Mot. 307, Prot. 161. Eine Einschränkung dahin, daß in jener Versammlung um die Befugniß des Gerichts zu beseitigen, über die Ernennung verhandelt sein müsse, hat (gegen Fitting § 29 zu Anm. 30) im Gesetz keinen Ausdruck gefunden; vgl. Böldorndorff zu d; Endemann S. 422. Später ist nur der Antrag einer G.Versammlung oder des G.Ausschusses zu berücksichtigen; nicht ein Antrag eines oder mehrerer Gläubiger. Aber aus der dem Gericht übertragenen Aufsicht folgt die Befugniß des Gerichts, in dringenden Fällen einen ungeeigneten Verwalter einstweilen seiner Befugnisse zu entheben und diese einem Anderen zu übertragen; doch müssen sich daran die nöthigen Schritten schließen, einen Beschluß der G.Versammlung oder des G.Ausschusses herbeizuführen.

Der Verwalter hat gegen die gemäß §§ 83, 84 ergehenden Beschlüsse das Recht zur Beschwerde ohne aufschiebende Wirkung, vgl. C.P.O. § 572; Anm. zu § 74. Wird jedoch ein von der G.Versammlung gewählter anderer Verwalter vom Gerichte ernannt, so ist dadurch der zuerst Ernannte in Folge des § 80 von selbst und ohne ein Recht zur Beschwerde entlassen; hierauf findet § 80 Anwendung, nicht Abs. 1 oder 2 des § 84. — Gegen die Ablehnung der in Satz 2 erwähnten Anträge hat jeder Gläubiger das Beschwerderecht. Vgl. Anm. 2 § 80; Anm. 5 § 73.

3) Abs. 2 bezieht sich sowohl auf die Anordnung von Geldstrafen, als auch auf die Entlassung nach Abs. 1; indeß nicht auf die vom § 80 betroffene Entlassung, die dadurch erfolgt, daß statt des Ersternannten ein Gewählter ernannt wird. Die **Form des Gehörs** ist nach dem Ermessen des Gerichts entweder mündlich oder schriftlich. Antwortet der Verwalter auf die Aufforderung sich zu äußern nicht, oder erscheint er auf Vorladung nicht, so ist der Vorschrift des Abs. 2 dennoch genügt. Es mußte ihm nur die Gelegenheit zur Aeußerung gegeben werden. Ebenso kann das Hören, dem Zwecke der Vorschrift

Digitized by Google

gemäß, vor der Entlassung nur erforderlich sein, sofern es thunlich ist, Prot. 161, und ist, wenn der Verwalter geistig unfähig wird, zwecklos, sofern es nicht noch zur Feststellung dieses Aufhebungsgrundes dienen muß.

§ 85. (77.)

Der Verwalter hat Anspruch auf Erstattung angemessener baarer Auslagen und auf Vergütung für seine Geschäftsführung. Die Festsetzung der Auslagen und der Vergütung erfolgt durch das Konkursgericht.

Die Landesjustizverwaltung kann für die dem Verwalter zu gewährende Vergütung allgemeine Anordnungen treffen.

E. I. 83 P. 134. 215. Abs. 2. K.O.N.

1. Anspruch auf Vergütung.
2. Vergütung.
3. Auslagen.
4. Vergütung und Auslagen sind Massekosten.
5. Beschwerde.

1) **Der Anspruch des Verwalters** geht zunächst nur auf Festsetzung seiner Vergütung durch das Gericht, nicht auf Zahlung einer bestimmten Summe. Dieser entsteht vielmehr erst mit der nur dem Gericht zukommenden Festsetzung. Ein Zurückbehaltungsrecht (auch ein etwa durch einen neuen Verwalter bestelltes vertragsmäßiges) an der in seinen Händen befindlichen Masse hat deshalb der Verwalter wegen seiner zu erwartenden Vergütung vor der Festsetzung nicht und nach der Festsetzung erst dann, wenn die nach Erledigung der Aussonderungs- und Absonderungsansprüche übrigbleibende reine K.Istmasse zur Befriedigung der Massenschulden und alsdann sämmtliche Massekosten (vgl. Anm. 4) ausreicht. Vgl. RG. 16. Dez. 1902 JW. 1903 S. 52; 53, 190.

2) Eine Taxe für **die Vergütung** des Verwalters giebt es nicht. Das K.Gericht hat für die Festsetzung der Vergütung freies Ermessen. Unabhängig von einem Abkommen zwischen dem Verwalter und dem G.Schuldner oder den K.Gläubigern ist für alle verbindlich vom K.Gerichte darüber zu entscheiden. Die Leistungen des Verwalters und der Betrag der Masse sind in Betracht zu ziehen; ein unbedingter Maßstab läßt sich für die Mannigfaltigkeit der Fälle nicht finden. Mot. 307. Eine lediglich nach Prozenten der Masse erfolgende Bemessung widerspricht dem Begriffe einer „Vergütung für die Geschäftsführung". O.L.G. Marienwerder, Busch 2, 342. Deshalb werden auch die nach Abs. 2 von der Landesjustizverwaltung getroffenen Anordnungen nicht in der Aufstellung einer festen Taxe bestehen können. — Eine Festsetzung von Abschlagszahlungen auf die Vergütung, sowie von Auslagen schon vor der Beendigung des Amts ist durch das Gesetz nicht ausgeschlossen. Die Gebühren eines als Verwalter bestellten Rechtsanwalts für eine Prozeßführung stehen ihm außer der „Vergütung für die Geschäftsführung" des Verwalters als solchen zu, und bedürfen keiner Festsetzung; die Gelderhebungsgebühr des § 87 R.-Anw.-Geb.-O. kann er jedoch aus der Masse nicht verlangen, weil die Gelderhebung für die Masse zu seiner Geschäftsführung als Verwalter gehört. — Ein Zurückbehaltungsrecht an der Masse hat der Verwalter bei Beendigung seiner Verwaltung mit Rücksicht auf Abs. 1 Satz 2 nur in Höhe des festgesetzten Betrages.

3) Zu den **Auslagen** gehört namentlich auch die Entschädigung für die nöthige Beschaffung eigner oder gemietheter Räumlichkeiten und die Bezahlung der zur Vermittelung der Geschäftsführung nöthigen Angestellten, soweit dergleichen erweislich für die einzelne bestimmte K.Masse nöthig wird (Lagerräume, Fortführung eines Geschäfts ꝛc.). Die Berechnung eines Beitrags zu den allgemeinen Kosten eines Verwalters für sein Bureau und seine Geschäfts- und Lagerräume würde als Auslage bewilligt werden können; indeß wird ein entsprechendes Verhältniß dafür schwer nachweisbar sein und es wird sich eher empfehlen, dies bei der Festsetzung der Höhe der Vergütung zu berücksichtigen.

4) **Vergütung und Auslagen gehören zu den Massekosten,** vgl. Anm. 1, 3 zu § 58 Nr. 2; sofern nicht etwa die Auslagen durch Befriedigung einer Massenschuld entstanden und deshalb selbst eine Massenschuld sind, § 59 Nr. 3. Der Verwalter kann also erst mit

Digitized by Google

den übrigen Massekostengläubigern zusammen befriedigt werden, RG. 53, 190. Für einen Ausfall haftet nöthigenfalls der G.Schuldner; eine Haftung des Staats ist (gegen Eccius, Kass.K. 33, 744; 34, 152) aus § 79 Nr. 6 Ger.-Kost.-Ges. und einer Eigenschaft des Verwalters als „Beamter" nicht zu begründen, weil dieser nicht ein staatliches Verwaltungsamt bekleidet, vgl. Anm. 2 zu § 58, und § 79 a. a. O. begründete Ansprüche voraussetzt, nicht erschafft; Petersen-Kleinfeller Anm. 1. RG. 43, 62.

5) Jeder Betheiligte, der Verwalter, der G.Schuldner und jeder einzelne K.Gläubiger, hat gegen die Festsetzung das Recht zur **Beschwerde**. Pütter in Kass.K. 27, 324, Fitting § 29 Anm. 19. Oetker 1, 104 will für §§ 85, 91 die Anfechtbarkeit nur hinsichtlich der Auslagen und nicht für die Gebühren (Vergütung) zulassen, weil die Entscheidung über diese kein „Dezisivdekret", sondern lediglich eine Verwaltungsmaßregel und vom reinen Ermessen des K.Gerichts abhängig sei. Indeß das Ermessen darf doch sachgemäß nur ein vernünftiges und nicht rein willkürliches sein, und abgesehen von der Unrichtigkeit der Ausschließung der Beschwerde über Verwaltungsanordnungen ist die Festsetzung der Vergütung immerhin eine Entscheidung über das individuelle Recht des Verwalters, ebenso wie eine Entscheidung über einen Schaden nach C.P.O. § 287. Vgl. Anm. 1, 4 zu § 73.

§ 86. (78.)

Der Verwalter hat bei der Beendigung seines Amts einer Gläubigerversammlung Schlußrechnung zu legen. Die Rechnung muß mit den Belegen und, wenn ein Gläubigerausschuß bestellt ist, mit dessen Bemerkungen spätestens drei Tage vor dem Termine auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Betheiligten niedergelegt werden. Der Gemeinschuldner, jeder Konkursgläubiger und der nachfolgende Verwalter sind berechtigt, Einwendungen gegen die Rechnung zu erheben. Soweit in dem Termine Einwendungen nicht erhoben werden, gilt die Rechnung als anerkannt.

E. I. 84. P. 279. 199. 220.

1. Recht auf Rechnungslegung.
2. Pflicht der Rechnungslegung.
3. Form der Rechnung.
4. Erledigung der Streitpunkte.
5. Folgen der Anerkennung.

1) „Der § 86 enthält Vorschriften über die Schlußrechnung des Verwalters, die sowohl bei der Beendigung als innerhalb des Verfahrens bei einem Personenwechsel zur Anwendung kommen sollen. Sie gehen davon aus, daß die Bemängelung der Schlußrechnung ein **individuelles Recht jedes Konkursgläubigers und des Gemeinschuldners** ist, dessen persönliche Ausübung ihnen nicht entzogen werden darf. Für die Gläubiger liegt hierin das vorzüglichste Mittel, sich der pflichtmäßigen Beaufsichtigung des Verwalters durch den G.Ausschuß zu versichern. Als selbstverständlich ist ein noch gegenwärtiges Interesse zur Sache vorausgesetzt. Der vollständig befriedigte Gläubiger ist zur Rechnungsabnahme nicht legitimirt. Bei einer Beendigung des Konkurses durch Akkord fällt freilich die Masse dem G.Schuldner zur freien Verfügung zurück; für die Gläubiger ist es aber keineswegs gleichgültig, in welchem Umfange dies geschieht, auch ist noch immer ein Regreß gegen den Verwalter aus schlechter Geschäftsführung oder unrichtiger Darstellung der Sachlage möglich. — Für den Fall eines Personenwechsels könnte die Vertretung des G.Schuldners dem neu eintretenden Verwalter überlassen bleiben, dessen selbständige Befugniß zur Prüfung sich aus dem § 6 ergiebt. Im Interesse des neuen Verwalters aber, namentlich um ihm seine eigene Schlußrechnung zu erleichtern, empfiehlt es sich, auch den G.Schuldner zuzuziehen." Mot. 308.

2) Ueber den Zeitpunkt der Beendigung des Amtes vgl. Anm. 4 zu § 78. Kann der Verwalter (nach seinem Tode oder wenn er geistig unfähig geworden ist u. s. w.) nicht persönlich Rechnung legen, so bleiben seine Erben, Vormünder u. s. w. dazu verpflichtet. Die **Pflicht der Rechnungslegung** ist ebenso wie die zur Herausgabe der Belege und der

Digitized by Google

Masse selbst eine vermögensrechtliche, sie liegt als solche auch den Erben ob. Willenbücher S. 138 Nr. 2. A.M. Fitting § 29 Anm. 34; Endemann S 468; Sarwey-Bossart, Böldern-dorff, Petersen-Kleinfeller zu § 86. Führt dies jedoch zu Verzögerungen oder überhaupt nicht zu einem praktischen Resultate, so wird der neue Verwalter im Interesse der Sache aus den Notizen und Akten seines Vorgängers oder nach seinen eigenen Ermittelungen die Rechnung aufstellen müssen, ohne eine Verantwortlichkeit für die Handlungen des Vorgängers zu übernehmen.

3) **Als Form der Rechnung** ist dadurch, daß sie auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen ist, die schriftliche gegeben. Die Rechnung hat sachgemäß übersichtlich im Anschluß an das Inventar (§ 124) die Verwerthung oder den Verbleib aller Gegenstände der Masse und (unter Gattungsrubriken) die Ausgaben nachzuweisen. Der Gläubigerausschuß hat der Rechnung seine Bemerkungen, oder seine Erklärung, daß er nichts zu erinnern findet, beizufügen. Die Bemerkungen des Ausschusses, der darüber in seiner Gesammtheit zu beschließen hat, haben nicht die Natur der in Satz 3 u. 4 berührten Einwendungen, sondern nur den Zweck der Information. — In Folge des im § 86 anerkannten Rechtes sind der G.Schuldner, der nachfolgende Verwalter und jeder noch nicht befriedigte K.Gläubiger berechtigt, im Falle einer Verzögerung auf Legung der Rechnung zu klagen. Dies setzt indeß voraus, daß die Vornahme der Schlußvertheilung genehmigt ist oder die Ansetzung des Schlußtermins erfolgt (§§ 161, 162), oder daß das Amt des Verwalters beendigt ist (§ 86); der Termin kann in dem letztenFalle nach §§ 93, 98 veranlaßt werden. Das Urtheil gegen den Verwalter auf Rechnungslegung ist gegen ihn nach § 888 C.P.O. (nicht § 887) zu vollstrecken, RG. 8, 336.

4) **„Die Erledigung der Streitpunkte,** welche bei der Rechnungslegung sich ergeben, muß nach den allgemeinen Vorschriften im Prozeßwege erfolgen." Mot. 308. Der G. Schuldner, jeder K.Gläubiger und der nachfolgende Verwalter können gegen den rechnungslegenden Verwalter im ordentlichen Prozeßverfahren klagen. Es wird sich nach der Sachlage richten müssen, ob die Klage auf Entschädigung zur K Masse (insbesondere durch den nachfolgenden Verwalter oder den G.Schuldner, vgl. Anm. zu § 82) oder aber auf Entschädigung des G.Schuldners (besonders im Falle des Akkords durch den G.Schuldner) oder auf Entschädigung von Gläubigern rücksichtlich ihrer individuellen Rechte zu richten ist; ebenso ob der Anspruch, so wie er erhoben wird, von dem Kläger allein oder nur von allen oder mehreren Berechtigten verfolgt werden kann. Ueber das Ergebniß für die Masse und die einzelnen Interessenten vgl. Anm. 1 zu § 162.

5) Das im Schlußsatze ausgesprochene **Präjudiz der Anerkennung** der Rechnung, soweit Einwendungen nicht erhoben werden, bezieht sich nach dem Zusammenhange nur auf das Verhältniß der berechtigten Rechnungsabnehmer gegen den die Rechnung legenden Verwalter, nicht auf die, in der Rechnung etwa anerkannten Ansprüche Dritter. Die Geltendmachung eines Regresses gegen den Verwalter ist an sich nicht von der Legung und Abnahme der Schlußrechnung unbedingt abhängig. Vgl. Strieth. 3, 83; 42, 194; Raff.K. 24, 445. Sie ist andererseits durch den Schlußsatz des § 86 unbedingt für alle Einwendungen, die nicht im Termine erhoben sind, ausgeschlossen, und zwar gegen Alle, die im Termine gemäß Satz 3 Einwendungen erheben können: G Schuldner, K.Gläubiger und nachfolgende Verwalter; ohne Rücksicht, ob sie im Termine anwesend waren. Anm. 4 zu § 72. Aus dem Schlußsatze folgt ferner, daß der Regreß nur für die vorbehaltenen besonderen Einwendungen gewahrt wird. Ein allgemeiner Vorbehalt oder ein allgemeines Bestreiten genügt nicht. Die Einwendungen müssen auch, um verfolgt werden zu können, im Termine erhoben werden. Unter den Einwendungen sind, dem Sprachgebrauche der C.P.O. (vgl. §§ 597, 598) entsprechend, nicht bloß wahre Einreden zu verstehen, sondern alle gegen die Rechnung gerichteten, wenngleich nur bestreitenden Erinnerungen; ein Widerspruch des G.Schuldners oder des Gläubigers gegen das in die Rechnung aufgenommene Honorar aber nur in so weit, als es nicht der richterlichen Festsetzung (§ 85) entspricht. — Soweit nach dem bürgerlichen Rechte anerkannte Rechnungen wegen Irrthums, Betrugs, nicht erwähnter Geschäfte ꝛc. angegriffen werden können, vgl. B.G.B. §§ 119 ff., ist dies auch

Digitized by Google

nach Anerkennung der Rechnung des Verwalters zulässig. — Für Vindikanten und Massegläubiger ist § 86 an sich nicht anwendbar; wegen des Schlußtermins vgl. indeß Anm. zu § 162.

§ 87. (79.)

Vor der ersten Gläubigerversammlung kann das Gericht aus der Zahl der Gläubiger oder der Vertreter von Gläubigern einen Gläubigerausschuß bestellen.

Die Gläubigerversammlung hat über die Bestellung eines Gläubigerausschusses zu beschließen. Die Mitglieder des Gläubigerausschusses sind von der Gläubigerversammlung zu wählen. Zu Mitgliedern können Gläubiger oder andere Personen gewählt werden.

E. I. 85. P. 128. 136a. 212 ff. Ges. v. 12. März 1869.

1. Gläubigerausschuß im Allgemeinen.
2. Anzahl der Mitglieder.
3. Gerichtlich bestellter G.A.
4. Gewählter G.A.
5. Berufung der Versammlung und Wahl.
6. Nichtwahl eines G.A.

1) **Der Gläubigerausschuß**, §§ 87—92. Die Gläubiger selbst und ein von ihnen frei gewählter Ausschuß und nicht das Gericht sollen zur Ergänzung der Verwaltungsthätigkeit des Verwalters hinsichtlich der Masse disponirend bestimmen. Der G.Ausschuß und die G.Versammlung, §§ 93—99, sind Verwaltungskörper, die im Interesse der Gläubiger als Organe für die Verwaltung dem Verwalter beigeordnet sind, RG. 31, 122; 36, 367; 29. Mai 1895, JW. 329. Der Entw. faßte den Gläubigerausschuß als ein Vertretungsorgan der Gläubiger auf, durch freie Willensbestimmung begründet und begrenzt, nicht einem öffentlichen Amte, sondern einem Mandatsverhältnisse entsprechend. Mot. 310. Diese Konstruktion findet jedoch im Gesetze keinen Ausdruck; vielmehr besteht der G.Ausschuß von den Gläubigern unabhängig als gesetzliches Hülfsorgan der K.Verwaltung, ist also nicht lediglich Mandatar der Gläubiger. RG. 20, 109; 31, 122. Insbesondere ist auch von reinem Mandatsverhältnisse im Abs. 1 für die Zeit bis zur G.Versammlung hinsichtlich der Bildung des Ausschusses aus praktischen Gründen dadurch eine Abweichung getroffen, daß für diese Zeit das Gericht einen G.Ausschuß bestellen „kann" (Zusatz des Bundesraths, Mot. 4, vgl. § 92), weil in dieser Zeit der Verwalter am wenigsten von der Sachlage unterrichtet, und seine Selbständigkeit bedenklich sei. „Sobald jedoch die erste G Versammlung abgehalten wird, hat diese über die Beibehaltung des etwa vom Gerichte bestellten Ausschusses und jedes Mitgliedes frei zu beschließen." Mot. 308 bis 312. Vgl. Anm. zu § 90 und Anm. 1 zu § 93. Der G.Ausschuß ist vollends nicht der G.Versammlung verantwortlich, die überhaupt kein Rechtssubjekt ist. Seine Verantwortlichkeit kann aber vom Verwalter im Interesse aller Gläubiger, RG. 20, 109, sowie von dem einzelnen Gläubiger, sofern dessen Rechte verletzt werden, in Anspruch genommen werden. Vgl. Anm. zu § 89. Ueber die Zweckwidrigkeit eines obligatorischen G.Ausschusses vgl Makower Revision der K.O. Berlin 1894 S. 15 ff., 19 ff.

2) Vorausgesetzt ist im Gesetz durch dessen Ausdrucksweise eine **Mehrheit von Mitgliedern** („Ausschuß", „die Mitglieder"), ohne sonstige Beschränkung hinsichtlich der Zahl. Als Regel ergiebt sich aus § 90 die Zahl von mindestens drei Mitgliedern; die Bestellung von nur zwei Mitgliedern ist jedoch nicht ausgeschlossen (a.M. Sarwey, Völderndorff, Petersen-Kleinfeller zu § 87; Fitting § 30 Anm. 2: immer mindestens drei); auch die Bestellung von Ersatzmännern durch die G.Versammlung ist zulässig. Jedenfalls wird ein Ausschuß, der durch Ausscheiden von Mitgliedern oder Selbst-Beschränkung bei der ersten Wahl auf zwei Mitglieder reduzirt ist, durch § 90 (gegen Sarwey-Bossert Anm. 4 und Fitting § 30 Anm. 2) nicht unzulässig oder funktionsunfähig. Bleibt bei Nichtannahme der Wahl oder aus anderen Gründen nur ein Ausschußmitglied, so besteht bis zur neuen Beschließung einer G.Versammlung kein Ausschuß mehr. Die Gewählten selbst haben in Folge des auf persönlichem Vertrauen sich gründenden Verhältnisses kein Recht zur Sub-

Digitized by Google

stitution oder zur Selbstergänzung; doch kann ihnen ein Substitutionsrecht von der G.Versammlung, auf Gläubiger oder sonst beschränkt oder auch unbeschränkt, übertragen werden. Werden mehrere Verwalter ernannt, § 79, so kann in Ermangelung einer Beschränkung für jeden Verwalter ein besonderer Ausschuß gewählt werden.

3) **Gerichtlich bestellter, provisorischer G.Ausschuß**, Abs. 1. Wird ein Ausschuß vom Gerichte bestellt, so ist er kraft richterlicher Anordnung gesetzlich bestelltes Hülfsorgan der K.Verwaltung ohne Rücksicht auf den Willen der Gläubiger. Das Gericht ist bei der Bestellung auf die K.Gläubiger und deren Vertreter beschränkt; es wird Glaubhaftmachung der Eigenschaft als K.Gläubiger verlangen müssen, Fitting § 30 Anm. 8. Das Gericht kann seine Ernennung widerrufen, § 92.] Bestellung, Widerruf und Geschäftsführung dieses Ausschusses finden indeß *nur vor* der ersten, im Konkurse überhaupt stattfindenden, G. Versammlung Anwendung. Nachher hat das Gericht keine Befugniß zur Ernennung eines Ausschusses oder Ausschußmitgliedes; auch nicht, wenn eines oder alle durch Tod ausscheiden oder erst spätere Umstände die Bestellung eines Ausschusses wünschenswerth machen. Bis zur ersten G.Versammlung hat der vom Gerichte bestellte Ausschuß dieselben Rechte und Pflichten, wie ein von der G Versammlung gewählter. — Ueber die Abweichung für den Konkurs der eingetragenen Genossenschaften vgl. Ges. v. 1. Mai 1889, 20. Mai 1898 § 103 (zwischen §§ 208 u. 209).

4) **Gewählter, definitiver G.Ausschuß**, Abs. 2. Die Gläubiger sind nicht gezwungen, einen G Ausschuß zu wählen; Niemand ist gezwungen, eine Wahl anzunehmen; die Wahl ist weder hinsichtlich der Anzahl, noch durch das Erforderniß der Eigenschaft als Gläubiger oder Vertreter oder einer sonstigen Eigenschaft, noch durch die Nothwendigkeit einer gerichtlichen Bestätigung der Wahl beschränkt. Mot. 310, RG. 30, 25. Jeder, der ein Mandat annehmen kann, also entsprechend der C.P.O. §§ 79, 52 jede prozeßfähige Person, mithin auch eine Ehefrau, kann als Mitglied gewählt werden. Auch der an sich rechtsfähig bleibende G.Schuldner ist von der Wählbarkeit nicht ausgeschlossen. Für eine Kollision der Interessen giebt die Funktion als Ausschußmitglied in der Regel keinen Raum. In den Ausnahmefällen, vgl. §§ 176, 177, hat der G.Schuldner sich natürlich der Mitbeschließung als Ausschußmitglied zu enthalten. Der zu kontrollirende Verwalter kann natürlich nicht Ausschußmitglied sein.

Die Wahlbefugniß gemäß § 87 Abs. 2 in Verbindung mit der Befugniß zur Entlassung nach § 92 hat nicht bloß die erste G.Versammlung, § 110, sondern jede spätere nach §§ 93—98 gesetzlich berufende und beschließende Versammlung. Sie kann jederzeit die Zahl der Mitglieder des Ausschusses vermehren oder vermindern. Vgl. jedoch Anm. zu § 99.

5) **Ueber die Berufung der Versammlung und die Wahl** bestimmen die §§ 110, 93 ff. Mit der Annahme der Wahl beginnen die gesetzlichen Funktionen. Anm. 1 zu § 78. Eine Vereidigung oder Verpflichtung der Mitglieder ist nicht vorgeschrieben. Zur Legitimation dient nöthigenfalls das Wahlprotokoll und für den vom Gerichte nach Abs. 1 bestellten Ausschuß die vom Gericht zu beurkundende Bestellung.

6) **Will die G.Versammlung einen Ausschuß nicht wählen**, so gehen dessen Funktionen (außer der vorläufigen Beschließung nothdürftigen Unterhalts für den G.Schuldner und dessen Familie nach § 129 Abs. 1) nicht auf das Gericht über, sondern fallen theils der G.Versammlung zu, theils ganz fort. §§ 133 ff. Der etwa vom Gerichte bestellte Ausschuß ist als solcher jedenfalls nur bis zur ersten G.Versammlung legitimirt, diese mag dieselben Ausschußmitglieder oder andere oder gar keinen wählen, oder gar nicht über die Bestellung eines Ausschusses beschließen. Soweit von ihr dieselben Mitglieder gewählt werden, fungiren sie als von ihr bestellt weiter. Durch das Schweigen oder Nichtbeschließen der G.Versammlung wird nicht der provisorische gerichtliche Ausschuß bestellt, sondern erklärt, daß kein Ausschuß bestellt werden soll. Daß dann jener noch nach der ersten G.-Versammlung in Kraft bleiben solle, folgt aus Abs. 1 nicht nur nicht, sondern wird durch das auch in den Mot. betonte nur provisorische Verhältniß, bis eine G.Versammlung beschließen *könne*, und durch den, auf der Wahl der Gläubiger beruhenden Charakter eines

Digitized by Google

nach der ersten G.Versammlung bestehenden Ausschusses widerlegt. Stieglitz Anm. II.; Sarwey-Bosert Anm. 2; Fitting § 30 Anm. 10; Petersen-Kleinfeller Anm. II, 1; Endemann S. 429. A.M. Hullmann Anm. 4.

§ 88. (80.)

Die Mitglieder des Gläubigerausschusses haben den Verwalter bei seiner Geschäftsführung zu unterstützen und zu überwachen. Dieselben können sich von dem Gange der Geschäfte unterrichten, die Bücher und Schriften des Verwalters einsehen und den Bestand seiner Kasse untersuchen.

Der Gläubigerausschuß ist berechtigt, von dem Verwalter Berichterstattung über die Lage der Sache und die Geschäftsführung zu verlangen. Er ist verpflichtet, die Untersuchung der Kasse des Verwalters wenigstens ein Mal in jedem Monate durch ein Mitglied vornehmen zu lassen.

E. I. 86. P. 217. 222 ff.

1. Rechte und Pflichten des einzelnen Mitglieds. | 2. Rechte und Pflichten des Gesammtausschusses.

1) **Recht und Pflicht zur Unterstützung und Ueberwachung des Verwalters** gemäß Abs. 1 **hat jedes der Mitglieder** und ist in dieser Beziehung von einem Beschlusse des Ausschusses (§ 90) weder das Recht abhängig, noch kann dadurch die Pflicht beschränkt werden. RG. 20, 110; Fitting § 30 Anm. 15; Dernburg 2, § 115 Anm. 32; Endemann S. 432. A.M. Stieglitz Anm. 1; Böldendorff zu b. — Zur Verpflichtung der Ausschußmitglieder zur „Ueberwachung" (Satz 1) gehört auch namentlich die Kontrolle darüber, daß der Verwalter den berechtigten Anweisungen, insbesondere der Anweisung zur Hinterlegung der Masse, § 132, thatsächlich Folge leistet, RG. 20, 110. Es gehört dazu ferner die Verfolgung wahrgenommener Unregelmäßigkeiten durch die Mittheilung an die übrigen Mitglieder und nöthigenfalls an das Gericht. Das einzelne Mitglied hat kein Recht, den Verwalter als Nebenintervenient im Prozesse zu unterstützen, RG. 36, 367.

2) Während Abs 1 die Rechte und Pflichten der einzelnen Ausschuß-Mitglieder bestimmt, sind im Abs. 2 die **Rechte und Pflichten des Gesammtausschusses** bestimmt. — Durch einen, von der G.Versammlung nach § 132 Abs. 2 gefaßten Beschluß über Berichterstattung und Rechnungslegung werden weder die Rechte des Ausschusses aus § 132 beseitigt, noch seine Pflicht, bei eigener Verantwortlichkeit von den Rechten einen entsprechenden Gebrauch zu machen. Außer der allgemeinen Befugniß zur Kenntnißnahme und Berichterforderung hat der Ausschuß insbesondere die Kasse des Verwalters monatlich zu revidiren, Abs. 2, dessen Geldverkehr und Rechnungslegung zu kontrolliren, §§ 137, 86, über die Genehmigung von Verwaltungsakten in einzelnen Fällen zu beschließen, §§ 123, 129, 133, 134, 137, bei Vornahme von Vertheilungen mit zu bestimmen, §§ 150, 159, über Vorschläge von Zwangsvergleichen theils bestimmend, theils gutachtlich sich zu erklären, §§ 176, 177, 184; er ist befugt, die Entlassung des Verwalters, § 84, sowie die Berufung einer G.Versammtung, § 93, zu beantragen, sowie vom G.Schuldner Auskunft zu erfordern, § 106. Eine Befugniß, Verwaltungshandlungen an Stelle des Verwalters vorzunehmen, oder ihm solche vorzuschreiben, ist dem Ausschusse nicht gegeben.

§ 89. (81.)

Die Mitglieder des Gläubigerausschusses sind für die Erfüllung der ihnen obliegenden Pflichten allen Betheiligten verantwortlich.

E. I. 86. P. 214 Nr. 3. K.O.N.

Der § 89 ist in gleicher Weise an die Stelle des alten § 81 getreten, wie § 84 an Stelle des alten § 79. Beide Paragraphen haben für den Verwalter und den Gläubigerausschuß dieselbe Vorschrift. Vgl. deshalb Anm. zu § 84. Von den mehreren Ausschußmitgliedern haftet Jeder für die Unterlassung der ihm obliegenden Sorgfalt solidarisch,

Digitized by Google

RG. 20, 110. Ist die erforderliche Sorgfalt bei einer positiven Thätigkeit außer Acht gelassen, so haftet ein allein handelndes Mitglied auch allein. Die Haftung für gemeinschaftliche Handlungen richtet sich nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts, B.G.B. § 421, Stieglitz S. 441. Eine Haftbarkeit dissentirender Mitglieder, von denen die Schädigung nicht gewollt und nicht ausgeführt worden ist, kann (gegen Völderndorff 2, 99) nach dem Gesetze nicht angenommen werden, vgl. Endemann S. 434. Die Haftung kann aber dadurch begründet werden, daß zu den Handlungen oder Unterlassungen der übrigen Mitglieder geschwiegen wird.

§ 90. (82.)

Ein Beschluß des Gläubigerausschusses ist gültig, wenn die Mehrheit der Mitglieder an der Beschlußfassung Theil genommen hat, und der Beschluß mit absoluter Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefaßt ist.

E. I. 87. P. 218.

1. Geschäftsordnung des Ausschusses. | 2. Einwirkung der G.Versammlung auf den Ausschuß.

1) Dem Ausschusse bleibt überlassen, seine **Geschäftsordnung** selbst zu regeln, die Form der Berufung, die Leitung der Verhandlungen, die Art der Abstimmung, „welche unbedenklich in geeigneten Fällen auch auf schriftlichem Wege geschehen kann", die Beurkundung, Mittheilung und Ausführung der Beschlüsse selbst zu bestimmen. Mot. 313. Vgl. jedoch Anm. zu § 88. Im § 90 sind deshalb nur die gesetzlichen Bedingungen der Gültigkeit eines Beschlusses festgesetzt. Zur Feststellung der Bedingung, daß die absolute Mehrheit der am Beschlusse Theilnehmenden genügt — vorausgesetzt, daß die Theilnehmenden selbst die Mehrheit der ernannten Mitglieder bilden —, ist von der R.K. (in Uebereinstimmung mit den Mot.) das Wort: „abgegebenen" vor „Stimmen" eingeschaltet. Daß die Mehrheit der abgegebenen Stimmen zugleich die Mehrheit der Ausschußmitglieder bildet, ist nicht nöthig. Wenn der Ausschuß aus 9 Mitgliedern besteht, und 5 Mitglieder erscheinen, so ist der von dreien gefaßte Beschluß gültig. Prot. 63. Der Vorsitzende giebt beim Beschlusse nicht den Ausschlag und auch der Ausschuß kann dies durch seine Geschäftsordnung gegen das Gesetz des § 90 nicht bestimmen. Bei Stimmengleichheit ist kein gültiger Beschluß gefaßt. — Das dem Gerichte nach § 90 gegen Beschlüsse der G Versammlung zustehende Veto ist gegen Beschlüsse des Ausschusses nicht statthaft. Prot. 63.

2) Mit Rücksicht auf die Bestimmung des G.Ausschusses für das Interesse der Gläubiger läßt es sich nicht abweisen, daß die **G.Versammlung** dem Ausschusse Instruktionen geben kann und daß sie, falls eine absolute Mehrheit für einen Ausschuß-Beschluß nicht zu erzielen ist, und ein Beschluß gefaßt werden muß, über solche im Ausschusse vorhandenen Meinungsverschiedenheiten selbst entscheiden kann, Mot. 313; zumal da sie dies indirekt durch Vermehrung oder andere Zusammensetzung des Ausschusses jedenfalls erreichen kann. Indeß würde es dem Zwecke des Ausschusses, die Gesammtheit der Gläubiger von der Verwaltung zu entlasten, widersprechen, wenn die G.Versammlung sich in Einzelheiten der Verwaltung einmischen wollte. Als Regel ist anzusehen, daß die G.Versammlung nur über das zu beschließen hat, was die K.O. gestattet, und insbesondere nicht andere Funktionen des Ausschusses zu übernehmen hat, da die K.O. die Grenzen vorschreibt, innerhalb deren der Ausschuß und die G.Versammlung zu wirken haben. Keinenfalls kann die G.Versammlung einen ausgeführten Beschluß des Ausschusses, aus dem ein Dritter bereits Rechte erlangt hat, abändern.

§ 91. (83.)

Die Mitglieder des Gläubigerausschusses haben Anspruch auf Erstattung angemessener baarer Auslagen und auf Vergütung für ihre Geschäftsführung. Die Festsetzung der Auslagen und der Vergütung erfolgt nach Anhörung der Gläubigerversammlung durch das Konkursgericht.

Digitized by Google

Die Landesjustizverwaltung kann für die den Mitgliedern des Gläubigerausschusses zu gewährende Vergütung allgemeine Anordnungen treffen.

E. I. 89. P. 219. K.O.N.

Ueber die Feststellung von Vergütung und Auslagen, sowie den Charakter beider Forderungen als Massekosten, vgl. die Anmerkungen zu § 85, der § 91 ist dem § 85 analog gebildet. — Besonders ist nur zu bemerken:

a) Jedes Mitglied hat für sich einen besonderen Anspruch auf Ersatz einer Vergütung, die für die Einzelnen in verschiedener Höhe je nach dem Umfange ihrer Thätigkeit bemessen werden kann.

b) Vor der Festsetzung der Auslagen und der Vergütung muß das Gericht eine Gläubigerversammlung hören, das heißt, es muß ihr Gelegenheit geben, sich zu äußern. Daß auch eine Aeußerung erfolgt, ist nicht erforderlich, die geeignetste Gelegenheit wird der Schlußtermin sein. Erfolgt eine Aeußerung, so ist dennoch das Gericht an den damit gemachten Vorschlag nicht gebunden; es entscheidet vielmehr wie bei dem Verwalter nach freiem Ermessen.

Die nach dem § 83 alter Fassung zugelassene Einigung mit der Gläubigerversammlung ist durch die K.O.N. ausgeschlossen.

Das Recht der Beschwerde steht auch hier außer dem betroffenen Ausschußmitgliede dem G.Schuldner, dem Verwalter und jedem einzelnen K.Gläubiger zu.

§ 92. (84.)

Die durch das Gericht erfolgte Bestellung zum Mitgliede des Gläubigerausschusses kann von dem Gerichte, die durch die Gläubigerversammlung erfolgte Bestellung zum Mitgliede des Gläubigerausschusses durch Beschluß der Gläubigerversammlung widerrufen werden.

E. I. 88. P. 212.

1. Recht des Widerrufs. | 2. Rechte der Ausschußmitglieder.

1) Dem Wahlverhältnisse entsprechend kann die G.Versammlung die Mitglieder ihres Ausschusses entlassen und ihre Berufung als solche „**widerrufen**". Für die Zeit bis zur ersten G.Versammlung (vgl. Anm. 3 zu § 87) kann das Gericht die von ihm ausgegangene Bestellung widerrufen. In der späteren Zeit fungirt indeß ein ursprünglich vom Gerichte ernanntes Mitglied keinenfalls mehr auf Grund dieser Ernennung, sondern, wenn überhaupt, nur auf Grund der Bestellung der G.Versammlung. Anm. 6 zu § 87. Der Widerruf steht daher dann nur der Versammlung zu.

2) **Das Mitglied des Ausschusses hat kein Recht auf die Fortdauer** seiner Stellung gegen den Willen der ihn Ernennenden oder Wählenden, also kein Widerspruchsrecht und kein Beschwerderecht gegen den Widerruf, weder des Gerichts, so lange dieser zulässig ist, noch einer G.Versammlung. Gründe des Widerrufs brauchen nicht angegeben zu werden. Er ist ein freier Willensakt, wie die Wahl. Mot. 311. Wohl aber ist Beschwerde gegen den vom Gericht ausgehenden Widerruf zulässig, weil das Gericht zum Widerruf nicht berechtigt war. Während indeß für die Wahl relative Stimmenmehrheit in der Generalversammlung genügt, ist für den Beschluß des Widerrufs absolute Stimmenmehrheit nöthig, § 94.

Wie andrerseits die Uebernahme der Funktion auf dem Willen des Ausschußmitglieds beruht, **kann es seinerseits sein Amt zu jeder Zeit niederlegen.** Aber wer einmal durch die Annahme seine Thätigkeit zugesagt hat, kann sich verantwortlich machen, B.G.B. § 627, wenn er zur Unzeit niederlegt, etwa so, daß durch seinen Austritt der Ausschuß beschlußunfähig wird, während dringende Angelegenheiten durch den Ausschuß zu erledigen sind, oder wenn er nöthige Vorsichtsmaßregeln (Beibehaltung des Amts bis zum Ersatze) unterläßt.

Digitized by Google

§ 93. (85.)

Ueber die Berufung der Gläubigerversammlung beschließt das Gericht. Die Berufung muß erfolgen, wenn sie von dem Verwalter, dem Gläubigerausschusse oder von mindestens fünf Konkursgläubigern, deren Forderungen nach der Schätzung des Gerichts den fünften Theil der Schuldenmasse erreichen, beantragt wird.

Die Berufung muß öffentlich bekannt gemacht werden. Der öffentlichen Bekanntmachung bedarf es nicht, wenn in einer Gläubigerversammlung eine Vertagung der Verhandlung angeordnet wird.

E. I. 90.

1. Befugnisse der Gläubigerversammlung.
2. Berufung der G.Versammlung.
3. Antrag auf Berufung.
4. Beschwerde.
5. Bekanntmachung.
6. Verlegung und Vertagung von Terminen.

1) Die Gläubigerversammlung, §§ 93—99. Befugnisse. Auf das Verhältniß und die Befugnisse der Versammlung der K.Gläubiger (vgl. § 95) findet ungeachtet der äußerlich anscheinenden Aehnlichkeit eine Analogie der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft in keiner Weise statt. Die K.O. kennt keine G.Gesellschaft als einheitliches Rechtssubjekt (Vorb. vor § 1), sondern nur eine Versammlung, in der die einzelnen Gläubiger als einzelne Berechtigte zusammenkommen und über gemeinsame Angelegenheiten in bestimmter gesetzlich geordneter Weise beschließen. In diesen gesetzlich zugelassenen Fällen soll die Minderheit durch den Beschluß der Mehrheit (vorbehaltlich des im § 99 gegebenen Korrektivs) gebunden sein, damit nicht das gleiche Recht Aller dadurch bedenklich gefährdet wird, daß ein Einzelner sein Interesse auf Grund formalen Rechts durchsetzen könnte. Mot. 17, 18. Ob der Grund der bindenden Kraft in einem Gemeinschaftsverhältnisse der Gläubiger zu finden ist (Mot. 18) oder auf der Zweckmäßigkeit bei Entscheidung kollidirender Interessen beruht (Fitting § 31 Anm. 7), kann auch abgesehen von der besonderen Natur des Zwangsvergleichs auf sich beruhen. Keinenfalls ist eine bindende Kraft in weiterem Umfange anzunehmen, als das Gesetz positiv vorschreibt oder gestattet. Aus dieser gesetzlichen Grundlage folgt, daß die G.Versammlung nicht über alle gemeinsamen Interessen der Gläubiger — dies würde die gesammte Verwaltung der K.Masse sein, § 6 — beschließen und ihren Willen nicht durch beliebige Mittel oder Formen durchsetzen kann. Der *Inhalt* der Beschlüsse kann nur die Ausübung derjenigen Befugnisse sein, die der Versammlung in der K.O. zugestanden ist, und die *Mittel* und *Formen* zur Ausführung der Beschlüsse sind durch die Vorschriften der K.O. beschränkt. Die Versammlung kann daher weder gegen den Verwalter noch gegen Ausschußmitglieder Rechtsansprüche, noch auch gegen Andere irgend welche Ansprüche, noch gegen den Verwalter ein an ihn gestelltes Verlangen im gemeinsamen Interesse der Gläubiger durch Klage oder durch Bevollmächtigung Anderer geltend machen. Sie kann dergleichen nur anregen. Die G.Versammlung als solche hat auch kein Rechtsmittel der Beschwerde, da sie überhaupt kein Rechtssubjekt ist; wie deshalb auch die für die Beschwerde vorausgesetzte Zustellung einer Entscheidung an die G.Versammlung als solche nicht erfolgen kann. Vgl. Anm. 4, 6 zu § 73; Böldern-dorff zu a.; Fitting § 26 Anm. 22; Petersen-Kleinfeller zu I. 1. A.M. Hullmann Anm. 4 zu § 66 (a.F.). Ebensowenig kann die G.Versammlung die Funktionen des Verwalters übernehmen, da die K.O. dies nicht als zulässigen Gegenstand ihrer Beschlußfassung bezeichnet hat. Noch weniger dürfen die individuellen Rechte einzelner Gläubiger (jura singulorum) außerhalb der positiven Gesetzesvorschriften gemäß den allgemeinen Rechtsgrundsätzen durch einen Beschluß verletzt werden. Der *Inhalt* der *Beschlüsse* ist vielmehr durch die K.O. (abgesehen von dem formalen Beschlusse einer Vertagung der Verhandlung, § 93 Abs. 2) auf die der G.Versammlung in den §§ 79, 84, 87, 91, 92, 100, 131, 132, 134—137, 162, 182 unterbreitete Thätigkeit beschränkt. Die G.Versammlung kann andererseits ihre Befugnisse nicht dem Verwalter oder dem G.Ausschusse übertragen. Vgl. btr. Aktiengef. RG.

Digitized by Google

19. Sept. 1890, JW. 376. — Außerdem können die einzelnen Gläubiger als solche die ihnen gemäß §§ 86, 142, 147 zustehenden Befugnisse betreffs der Rechnungslegung des Verwalters und der Prüfung von Forderungen in der G.Versammlung geltend machen. — Von dem Begriffe einer beschließenden G Versammlung als Verwaltungsorgan ist die in der KO. (vgl. §§ 131, 86) vorkommende Bedeutung einer G.Versammlung als einer ohne Rücksicht auf Beschlußfassung erfolgenden Zusammenkunft der Gläubiger zu unterscheiden.

2) **Die Berufung der G Versammlung** kann nur durch das K.Gericht erfolgen. Sie muß in den gesetzlich ausdrücklich vorgeschriebenen Fällen (§§ 86, 110, 162, 179) erfolgen; ferner dann, wenn sie gemäß dem Satz 2 beantragt wird; sowie wenn das Gericht von der Befugniß einer vorläufigen Untersagung einer Verwaltungshandlung gemäß § 135 Abs. 2 Gebrauch macht. Außerdem kann das Gericht jederzeit von Amtswegen oder auf Anregung von Vorfällen oder Anträgen auch ohne die Erfordernisse des zweiten Satzes die Berufung beschließen. In Betreff des Orts der G.Versammlung findet C.P.O. § 219 entsprechende Anwendung, § 72.

3) **Satz 2.** Das Gericht hat dem **Antrage auf Berufung** stattzugeben, wenn er entweder vom Verwalter oder vom G.Ausschusse oder von mindestens fünf K.Gläubigern, deren Forderungen den fünften Theil der Schuldenmasse erreichen, gestellt wird. Für die Qualität der Gläubiger genügt die Anmeldung oder eine Glaubhaftmachung, wie die Berücksichtigung der ungeprüften Forderungen nach § 95 ergiebt. Vgl. Anm. 3 zu § 95. Da ein Ausschluß von Gläubigern nicht stattfindet, so ist der fünfte Theil der zur Zeit der Berufung sich herausstellenden Schuldenmasse maßgebend. Die „Schuldenmasse" ist nur die Summe der K.Forderungen, s. § 95 und II. Tit. 4. Das Gericht hat die festgestellten K Forderungen in der festgestellten Höhe zu berechnen; mit Unrecht will Oetker I, 506 die streitigen s. g. titulirten Forderungen des § 146 Abs. 6 den festgestellten gleichstellen, so lange nicht der Widersprechende Klage erhoben hat, inkonsequent gegen seine Auslegung S. 501, daß sie für das Stimmrecht zu den streitigen im Sinne des § 95 gehören. Der „Schätzung" nach dem Ermessen des Gerichts unterliegen die ungeprüften, streitigen und Ausfallforderungen gemäß §§ 95, 96.

4) **Das Recht der Beschwerde** ist allen Betheiligten gegeben (§ 73); Fitting § 31 Anm. 9 gegen Völderndorff zu B. und Endemann S. 439, die das Recht zur Beschwerde über die Festsetzung des Termins und darüber, daß die G.Versammlung mit Verletzung der ihnen zustehenden Befugnisse über Angelegenheiten berathen und beschließen soll, die das Gesetz ihrer Zuständigkeit entzieht, zwar dem Verwalter und dem G.Ausschusse, nicht aber dem einzelnen K.Gläubiger zubilligen wollen. Sachlich ist die Beschwerde zulässig: gegen die Ablehnung der Berufung, wenn die gesetzlichen oder Antrags-Erfordernisse vorhanden sind; gegen die Berufung, wenn diese Erfordernisse nicht vorhanden sind oder zu einer Berufung von Amtswegen über den bekannt zu machenden Gegenstand (§ 98) kein sachgemäßer Grund vorliegt; sowie gegen die Anordnung über Ort oder Zeit des Termins. Hingegen giebt es gegen die Schätzung der ungeprüften, der streitigen und der Ausfallforderungen durch das Gericht, entsprechend der Unanfechtbarkeit der Entscheidung über das Stimmrecht nach §§ 95, 96, keine Beschwerde. Soweit die Entscheidungen nach §§ 95, 96, die ohne Gründe und ohne Feststellung eines Thatbestandes erlassen werden können, unanfechtbar sind, würden sie auch vom Beschwerderichter nur in seltenen Fällen nachgeprüft werden können. Petersen-Kleinfeller Anm. 3; Stieglitz zu II.; Völderndorff zu d; Fitting § 31 Anm. 11; Oetker I, 470 Anm. 1. A.M. Sarwey-Bossert Anm. 3; weil §§ 95, 96 strikt für die Entscheidung über Stimmrecht zu interpretiren sei, während es sich doch auch hier um das Stimm- und Beschlußrecht (zur Berufung der G.Versammlung) handelt.

5) **Abs. 2. Die Bekanntmachung** ist nach § 76 zu erlassen, und muß bei entsprechender Anwendung der C.P.O. § 205 und gemäß K.O. § 98 die Bezeichnung des K.Gerichts, der K.Sache, den etwaigen Antrag, die Zeit des Termins und die Gegenstände der Beschlußfassung oder die Zwecke der Ladung enthalten.

Digitized by Google

6) Für die Befugniß des Gerichts zur Verlegung und Vertagung von Terminen auf Antrag oder von Amtswegen sind C.P.O. §§ 227, 228 anwendbar. — Vorausgesetzt ist im letzten Satze, daß eine Vertagung auf einen sofort bestimmten und verkündeten Termin erfolgt. C.P.O. § 218. „Wenn ein Termin nicht gleichzeitig angesetzt ist, muß natürlich öffentliche Bekanntmachung erfolgen." Prot. 68. Dies ist auch im Abs. 2 dadurch ausgedrückt, daß die Anordnung der Vertagung in der G.Versammlung erfolgt sein muß, zur Anordnung aber auch die Bestimmung des neuen Termins gehört. Die Vertagung kann von der Versammlung beschlossen werden, vorbehaltlich der Bestimmung des neuen Termins, die immer dem Gerichte zusteht. C.P.O § 216. Neben der Verkündung des neuen Termins noch besondere Zustellungen zu erlassen, ist auch bei Vertagung der Termine der §§ 111, 179 nicht nöthig, weil im Abs. 2 nicht vorgeschrieben. Völderndorff II. zu f. Wegen des § 179 vgl. auch Anm. zu § 182. — Der neue Termin ist folgerecht nur die Fortsetzung des früheren. Soll im ferneren Termine noch über andere Gegenstände, als über die Tagesordnung des ersten verhandelt werden, so wird nicht bloß die Verhandlung des früheren Termins vertagt, die durch den bekannt gemachten Gegenstand beschränkt ist, § 98; deshalb ist eine öffentliche Bekanntmachung nöthig.

Das Gericht kann auch von Amtswegen Terminsverlegung, Vertagung der Verhandlung oder Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung anordnen, § 94 Abs. 1, C.P.O. § 228, desgleichen schon vor dem Termine auf Antrag dessen Verlegung bestimmen, C.P.O. § 227; nicht aber die Erledigung der Tagesordnung ablehnen.

§ 94. (86.)

Die Gläubigerversammlung findet unter der Leitung des Gerichts statt.

Die Beschlüsse der Gläubigerversammlung werden mit absoluter Mehrheit der Stimmen gefaßt. Für die Wahl der Mitglieder des Gläubigerausschusses genügt relative Mehrheit der Stimmen.

Die Stimmenmehrheit ist nach den Forderungsbeträgen zu berechnen. Bei Gleichheit der Summen entscheidet die Zahl der Gläubiger.

E. I. 91. 93.

1. Leitung des Gerichts.
2. Voraussetzungen für die Wirksamkeit eines Beschlusses.
3. Summenmehrheit.
4. Absolute Mehrheit.
5. Relative Mehrheit.

1) **Die Leitung des Gerichts** soll nicht in die sachliche Erörterung eingreifen und nur eine „formelle" sein, insbesondere „zur Erledigung vorkommender Legitimationsstreitigkeiten und zur urkundlichen Feststellung der Verhandlungsresultate". Mot. 294, 314. Ueber die anwendbaren Vorschriften der C.P.O. und des G.V. betreffs der Verhandlung und des Protokolls vgl. Anm. 2 zu § 73. Wegen der Zuziehung Anderer vgl. Anm. 1 zu § 95. Das Gericht hat die gesetzlichen Befugnisse zur Aufrechterhaltung der Ordnung gegen Alle, auch gegen den Verwalter ohne Beschränkung auf die Maßregeln aus § 84, der keine Beschränkung jener allgemeinen Befugnisse enthält, sondern nur neben den allgemeinen für Alle geltenden Bestimmungen noch besondere für die Verwalter-Thätigkeit giebt.

2) **Zur Wirksamkeit eines Beschlusses** ist nöthig, daß die Versammlung (außer dem Falle einer Vertagung) vom Gerichte durch öffentliche Bekanntmachung berufen ist, § 93 Abs. 2, daß der Gegenstand der Verhandlung aus der Bekanntmachung hervorgeht, § 98, und die Verhandlung selbst unter Leitung des Gerichts stattfindet, § 94 Abs. 1. „Eine Versammlung, bei welcher diese Voraussetzungen nicht zusammentreffen, kann für ihre Verhandlungen keinerlei rechtliche Wirkungen in Anspruch nehmen." Mot. 314. Außerdem ist zur Wirksamkeit eines Beschlusses erforderlich, daß der Gegenstand in sachlicher Beziehung der Beschlußfassung einer G.Versammlung gesetzlich unterliegt. Die Unwirksamkeit eines Beschlusses aus einem oder dem anderen Grunde kann nicht bloß von dem stimmberechtigten K.Gläubiger geltend gemacht werden, sondern (gegen Endemann

Digitized by Google

S. 443) von Jedem, der ein rechtliches Interesse hat, die Wirksamkeit des Beschlusses zu bestreiten, insbesondere also unter dieser Voraussetzung auch vom Verwalter und vom G.Schuldner. Sofern es sich jedoch um eine vertragsmäßig vorbehaltene Genehmigung einer G.Versammlung handelt und die Betheiligten den Vertrag dahin auslegen, daß eine, von der G.Versammlung thatsächlich wenngleich ohne Beachtung des § 98 erfolgte Genehmigung genüge, sind sie daran gebunden. RG. 25. Sept. 1893, JW. 487.

3) Erforderlich ist in allen Fällen zum gültigen Beschlusse die **Summenmehrheit** der Forderungsbeträge. Die Forderungen sind dabei (unter Berücksichtigung der §§ 95, 96) so zu berechnen, wie sie als K.Forderungen geltend gemacht werden können und gemacht sind; also einschließlich der Zinsen, Kosten und Vertragsstrafen, soweit sie nach § 62 mit zu berechnen sind, und ausschließlich der Forderungen, die nach § 63 überhaupt im Konkurse nicht geltend gemacht werden können. — Auch die bevorrechtigten Forderungen, deren Gläubiger beim Zwangsvergleiche überhaupt nicht mitstimmen (Anm. zu § 182), sind sonst überall gleich anderen Forderungen zu berücksichtigen (Prot. 68); sachlich brauchen die Gläubiger sich eine etwaige Verletzung ihrer individuellen Rechte nicht gefallen zu lassen.

4) Als Regel wird die **absolute Summenmehrheit** erfordert, und zwar (wie § 90) ein Betrag über die Hälfte der Gesammtsumme der Forderungen der stimmenden Gläubiger, § 97. Die Erschienenen, die sich an einer Abstimmung nicht betheiligen, also hierbei nicht mit verhandeln, sind für diesen Akt nicht zu berücksichtigen. Für beide Sätze des Abs. 2 ist also (ebenso wie nach RG. 20, 140 für Art. 215, 242 H.G.B.; jetzt §§ 275, 292) nur die Mehrheit der abgegebenen Stimmen nöthig; in dieser Beziehung „Mehrheit der Stimmen" besteht kein Unterschied zwischen beiden Sätzen, Mot. 316. Vgl. Völderndorff, Stieglitz zu § 86 (a. F.). Wegen der Zulassung Bevollmächtigter vgl. Anm. zu § 97.

Für Beschlüsse über Summen ist nach dem Grundsatze, daß, wer das Plus will, auch das Minus wolle, soweit der Satz richtig ist, die Vorschrift des G.B. § 198 Abs. 2 entsprechend dahin anzuwenden, daß die für die größte Summe abgegebenen Stimmen den für die nächst geringere abgegebenen so lange hinzuzurechnen ist, bis sich eine Mehrheit ergiebt. Logisch richtig ist dieser Grundsatz seinem Wortlaute nach nur, wenn es sich um Summen handelt, die aus der K.Masse fortgegeben, z. B. zur Unterstützung für den G.Schuldner bewilligt werden sollen, § 132, oder um Verpflichtungen, die für die Masse zu übernehmen sind. Soll dagegen über Summen bestimmt werden, die zur K.Masse, etwa für die Veräußerung eines Grundstücks, fließen sollen, so ist im Gegentheil nur richtig, daß, wer mit dem geringeren Betrage zufrieden ist, auch den größeren zu nehmen zustimmt, und nicht umgekehrt. Anders ist auch G.B.G. § 198 Abs. 2 nicht zu verstehen.

5) Von der Regel der absoluten Mehrheit abweichend genügt für die Wahl der Ausschußmitglieder die **relative Mehrheit** der abgegebenen Stimmen; also eine Mehrheit über die für irgend einen Anderen abgegebenen Stimmen. Vorab ist jedoch zu beschließen, welche Zahl von Mitgliedern den Ausschuß bilden sollen, und für diesen Beschluß genügt nicht die relative Mehrheit, sondern ist die absolute der Regel gemäß nöthig. Die Abweichung soll nur der Wahl selbst zu Statten kommen, um auch erhebliche Minoritäten der Gläubiger durch die Gewählten vertreten sein zu lassen. Demnächst kann die beschlossene Zahl in einem Wahlgange gewählt werden, so daß diejenigen als gewählt gelten, die relativ die meisten Stimmen erhalten. — Eine andere Ausnahme von der Regel ist im § 182 für Zwangsvergleiche bestimmt.

§ 95. (87.)

Zur Theilnahme an den Abstimmungen berechtigen die festgestellten Konkursforderungen. In Ansehung einer streitig gebliebenen Forderung wird bei der Prüfung mit den Parteien erörtert, ob und zu welchem Betrage ein bleibendes Stimmrecht für dieselbe zu gewähren ist. In Ermangelung einer

Digitized by Google

Einigung entscheidet das Konkursgericht. Das Gericht kann die Entscheidung auf den weiteren Antrag einer Partei abändern.

Ob und zu welchem Betrage nicht geprüfte Konkursforderungen zum Stimmen in einer Gläubigerversammlung berechtigen, entscheidet auf den Widerspruch eines Konkursgläubigers oder des Verwalters das Gericht.

Eine Anfechtung der Entscheidungen findet nicht statt.

E. I. 92.

1. Zusammensetzung der G.Versammlung.
2. Stimmberechtigung.
3. Feststellung des Stimmrechts für streitige Forderungen.
4. Feststellung für ungeprüfte Forderungen.
5. Anfechtung der Entscheidung des K.Gerichts.
6. Zustellung der Entscheidung.
7. Andere Entscheidungen des K.Gerichts.

1) Dem Zwecke der K.Masse (§ 3) und den Verhandlungsgegenständen entsprechend **besteht die G.Versammlung nur aus den Konkursgläubigern,** also unter Ausschluß der Aussonderungsberechtigten und der Massegläubiger, sowie derjenigen Absonderungsberechtigten, die nicht zugleich eine persönliche Forderung an den G.Schuldner haben, §§ 64, 96. Jedenfalls haben diese, die nicht stimmberechtigt sind, kein Recht zur Theilnahme an der nicht öffentlichen Versammlung. Anm. 3 zu § 72. Petersen-Kleinfeller zu III. 7 IV. 11. A.M. Völderndorff zu a und Fitting § 31 zu III. Daß dem Verwalter, dem G.Schuldner, und den Mitgliedern des G.Ausschusses, auch wenn sie nicht Gläubiger sind, die Theilnahme an allen Versammlungen nicht zu versagen ist, geht aus den speziellen Vorschriften über die Verhandlungen hervor.

2) **Stimmberechtigt sind nur Konkursforderungen.** Nicht stimmberechtigt sind die Gläubiger der im § 63 erwähnten Forderungen, Anm. 3 zu § 94, ebenso die etwa bereits befriedigten, Anm. 1 zu § 86. Dagegen sind die Gläubiger der noch nicht befriedigten bevorrechtigten und nicht bevorrechtigten Forderungen gleichmäßig stimmberechtigt. — Jedes Stimmrecht geht mit der Forderung auf den Rechtsnachfolger über, so auch bei einer Ueberweisung an Zahlungsstatt nach § 835 Abs. 2 C.P.O. Bei einer Ueberweisung zur Einziehung, § 835 C.P.O., ist zur Ermächtigung der Einziehung auch die Ermächtigung zur Ausübung des Stimmrechts zu rechnen, sofern es sich nicht um eine Abstimmung beim Zwangsvergleiche und damit um eine Verfügung über die Forderung selbst zum Nachtheile des gepfändeten Gläubigers handelt. Die Pfändung allein entzieht ihm, außer beim Zwangsvergleiche, das Stimmrecht nicht.

3) Die **Feststellung des Stimmrechts für Forderungen,** die im Prüfungstermin **streitig geblieben** sind, erfolgt im Prüfungstermin. Bei der Einigung sind in diesem Falle als „Parteien" betheiligt der Gläubiger und die der Forderung widersprechenden Personen, die in dem zum Zwecke der konkursmäßigen Feststellung der Forderung zu führenden Prozesse dessen Gegner werden, ohne Unterschied, ob der Gläubiger oder (bei einer s. g. titulirten Forderung § 146 Abs. 6) der Widersprechende den Prozeß zu betreiben hat. Zu den Parteien gehört der G.Schuldner nicht, da sein Widerspruch die konkursmäßige Feststellung nicht hindert, § 144 Abs. 1. Das in diesem Falle gewährte Stimmrecht ist ein bleibendes. Ist die Verhandlung im Prüfungstermin unterblieben, so ist sie in der zunächst folgenden Versammlung nachzuholen; es bedarf dazu keiner besonderen Ladung, da in der neuen Versammlung auch bis dahin nicht angemeldete Gläubiger mit dem Anspruch auf ein Stimmrecht auftreten können. Die Entscheidung des Gerichts ist in allen Fällen nach der größeren oder geringeren Wahrscheinlichkeit, daß die Forderung begründet sei, zu geben.

4) Wird ein **Stimmrecht für eine Forderung** beansprucht, die **noch nicht geprüft** werden kann, so wird nur festgestellt, ob und welches Stimmrecht in der anstehenden Versammlung auszuüben ist. Die Einigung ist darin zu finden, daß weder ein anderer Gläubiger noch der Verwalter widerspricht. Widersprechen kann jeder Gläubiger, weil jedem gegenüber die Forderung selbst noch streitig werden kann. Erfolgt kein Widerspruch, so ist der als Gläubiger Erschienene stimmberechtigt mit dem von ihm angegebenen Forde-

Digitized by Google

rungsbetrage. Daß eine Forderung bereits angemeldet sein müßte, ist im Gesetze nicht verlangt; ein solches Erforderniß würde in der ersten Gläubigerversammlung eine Beschlußfassung unter Umständen unmöglich machen; a.M. Oetker I, 519. Im Uebrigen gilt dasselbe wie bei dem Stimmrecht für geprüfte Forderungen. Werden die Forderungen später geprüft, so erfolgt anderweite bleibende Feststellung.

5) Eine **Anfechtung der Entscheidung** des Gerichts über das Stimmrecht findet nicht statt, d. h. das sonst zulässige Rechtsmittel der Beschwerde ist ausgeschlossen. Dies gilt für alle Fälle des § 95. Das K.Gericht kann aber selbst die Entscheidung zwar nicht von Amtswegen, aber auf weiteren Antrag einer Partei abändern, insbesondere, wenn der Verlauf eines Prozesses eine andere Würdigung begründet, aber auch bei unveränderter Sachlage; eine mündliche Verhandlung ist hierzu nicht erforderlich, § 73. Man muß annehmen, daß in dieser Weise auch die Entscheidung bei noch nicht geprüften Forderungen geändert werden darf, wenn es dazu auch in der Regel an Zeit fehlt, da nur das Stimmrecht für die einzelne Versammlung in Frage steht. Die Unanfechtbarkeit bezieht sich nicht auf die Ablehnung oder eine solche Aussetzung der Entscheidung, durch die das Stimmrecht für eine Versammlung verloren gehen kann; hier findet sofortige Beschwerde statt. Die Einigung der Parteien kann auch von dem K.Gericht nicht umgestoßen werden; sie unterliegt jedoch wie jeder andere Vertrag der Anfechtung.

6) In beiden Fällen, Abs. 1 und 2, sind die Entscheidungen, auch verkündete, den Betheiligten **zuzustellen**, § 73 Abs. 3; vgl. Anm. 3 zu § 73. Der Betheiligte hat schon mit Rücksicht auf die Zulässigkeit einer Aenderung und bessere Begründung für später, sowie im Falle seiner Abwesenheit ein Interesse an der Zustellung A.M. Oetker I, 502.

7) **Verschieden von den Entscheidungen** nach §§ 95, 96 über die Stimmrechte für „Forderungen" sind die, von diesen Paragraphen nicht betroffenen Entscheidungen, die darüber zu treffen sind, wer als Inhaber oder Rechtsnachfolger für eine Forderung zuzuziehen ist. Vgl. Anm. zu § 142, Anm. zu § 167. Solche Entscheidungen unterliegen daher nicht der Unanfechtbarkeit der §§ 95, 96, sondern, soweit sie nicht vom Prozeßgerichte, sondern vom K.Gerichte zu treffen sind, der Beschwerde nach § 73. Oetker I, 524.

§ 96. (88.)

Ob und zu welchem Betrage Forderungen, für welche abgesonderte Befriedigung beansprucht wird, in Ansehung ihres muthmaßlichen Ausfalls, sowie Konkursforderungen unter aufschiebender Bedingung zum Stimmen in einer Gläubigerversammlung berechtigen, entscheidet auf den Widerspruch eines Konkursgläubigers oder des Verwalters das Gericht.

Eine Anfechtung der Entscheidung findet nicht statt.

1. Ausfallforderungen.
2. Aufschiebend bedingte Forderungen.
3. Stimmrecht.
4. Abs. 2.

1) Ueber die **Ausfallforderungen** s. Anm. 1 zu § 64 und § 153. Es ist Sache des Anmeldenden, seinen muthmaßlichen Ausfall, für den er ein Stimmrecht beansprucht, anzugeben und soweit möglich glaubhaft zu machen. Abweichend aber nicht zutreffend **RG.** 37, 16 f. Eine entsprechende Anwendung findet § 96 auch im Falle des § 212.

2) Ueber aufschiebend **bedingte Forderungen** s. Anm. 3 zu § 67 und §§ 154, 168; nach Eintritt der Bedingung ist § 95 anwendbar.

3) **Stimmrecht.** Auch die im § 96 bezeichneten persönlichen Forderungen eines Absonderungsberechtigten, sowie Forderungen unter aufschiebender Bedingung sind stimmberechtigt, solange nicht ein Widerspruch gegen das Stimmrecht erfolgt. Diese Forderungen erhalten aber immer nur, gleich § 95 Abs. 2, ein Stimmrecht für die jeweilige Versammlung, auch wenn sie geprüft und streitig geblieben sind, nicht ein bleibendes. Hinsichtlich der streitigen, zugleich von § 96 betroffenen Forderungen bestimmt dadurch § 96 eine Ausnahme von § 95 Abs. 1.

4) Zum Abs. 2 vgl. § 95 Anm. 5.

Digitized by Google

§ 97. (89.)

Gezählt werden nur Stimmen der in der Gläubigerversammlung erschienenen Gläubiger. Die nicht erschienenen Gläubiger sind an die Beschlüsse gebunden.

E. I. 93.

Gezählt werden die sich an der Abstimmung betheiligenden Gläubiger als erschienen, vgl. Anm. 4 zu § 94; dazu gehören aber auch die durch **Bevollmächtigte Vertretenen.** Als Bevollmächtigter ist jede prozeßfähige Person zuzulassen, also auch eine Ehefrau sowohl für ihren Mann, wie auch für Dritte, C.P.O. §§ 79, 52. In Betreff der Vollmachten finden C.P.O. §§ 80 Abs. 2, 81, 83, 88 entsprechende Anwendung. In Betreff der Beistände s. C.P.O. § 89. Einen nicht mit Vollmacht versehenen Vertreter nach § 89 C.P.O. zuzulassen, ist bei der Unsicherheit der zu erwartenden Genehmigung zur Vermeidung nichtiger oder unsicherer Abstimmungen schwerlich rathsam. — Schriftliche Abstimmungserklärungen sind nicht zu berücksichtigen, vgl. „in der G.Versammlung." — Ueber die Bindung des nicht erschienenen Gläubigers vgl. Anm. 1 zu § 93.

§ 98. (90.)

Der Gegenstand, über welchen in der Gläubigerversammlung ein Beschluß gefaßt werden soll, muß bei der Berufung derselben öffentlich bekannt gemacht werden.

E. I. 94.

Vgl. Anm. 2 zu § 94. Der Grad der Genauigkeit und Spezialität hinsichtlich der Bezeichnung des zu verhandelnden Gegenstandes ist nach den konkreten Umständen zu bemessen. Jedenfalls muß dem Zwecke der Vorschrift entsprechend die Angabe so bestimmt sein, daß der Leser nicht bloß die allgemeine Kategorie des Beschlusses (Genehmigung von Anträgen des Verwalters oder Verwerthung oder Sicherung der Masse ꝛc.), sondern den besonderen Gegenstand der Tagesordnung ersehen kann. Vgl. Völderndorff II. zu b. — Da die Bekanntmachung „bei der Berufung" erfolgen soll, so muß, wenn nachträglich noch ein weiterer Gegenstand zur Verhandlung gebracht werden soll, dafür eine erneute öffentliche Bekanntmachung nach § 76 erfolgen.

§ 99. (91.)

Das Gericht hat die Ausführung eines von der Gläubigerversammlung gefaßten Beschlusses auf den in der Gläubigerversammlung gestellten Antrag des Verwalters oder eines überstimmten Gläubigers zu untersagen, wenn der Beschluß dem gemeinsamen Interesse der Konkursgläubiger widerspricht.

1. Voraussetzung und Umfang der Vorschrift. | 2. Beschwerde.

1) Die Vorschrift des § 99, der von der Vork. zum Schutze der majorisirten und ausgebliebenen Gläubiger eingeschaltet ist, setzt voraus, daß

1. der Verwalter oder ein überstimmter Gläubiger (also Stimmrecht nach §§ 95, 96 vorausgesetzt) den Antrag auf gerichtliche Untersagung der Ausführung des Beschlusses stellt,
2. daß der Antrag in der G.Versammlung gestellt wird, also von einem anwesenden Gläubiger oder dem anwesenden Verwalter (a.M. Völderndorff zu b. u. Endemann S. 446) und
3. daß ein positiver der Ausführung bedürfender Beschluß vorliegt und dieser dem gemeinsamen Interesse der K.Gläubiger widerspricht.

Unter diesen Voraussetzungen **soll** § 99 **sämmtliche Beschlüsse der G.Versammlung betreffen.** Im Entw. war redigirt: die Ausführung einer „beschlossenen Maßregel" sei zu untersagen. In der R K. wurden Bedenken erhoben, dies könne nur auf Verwaltungs-

Digitized by Google

maßregeln und nicht auf § 83 a. F. bezogen werden, dessen jetzige Fassung als § 91 aber hierbei nicht mehr in Frage kommen kann. Hagens behauptete für den § 99 seine generelle Bedeutung und um diese sicherer auszudrücken, wurde statt der „getroffenen Maßregel" der „gefaßte Beschluß" gesetzt. Prot. 67, 70.

Zu den vom § 99 betroffenen Beschlüssen gehört nicht die Wahl des Verwalters, der vom Gerichte selbst ernannt wird und dessen Ernennung nicht Gegenstand einer gerichtsseitigen, an einen Andern zu richtenden „Untersagung" sein kann (a.M. Fitting § 29 Anm. 3; Endemann § 67 Anm. 22); ebenso nicht die Wahl eines Ausschußmitgliedes, die weder einer Bestätigung oder Ernennung, noch einer Entlassung durch das Gericht unterworfen sein soll. Mot. 310, 311.

Durch die Aenderung des ursprünglichen E. I., der den § 99 nicht enthielt, ist jedoch das noch in den Mot. hervorgehobene Prinzip des Selbstbestimmungsrechts der Gläubiger theoretisch dem Ermessen des Gerichts über ihre gemeinsamen Interessen unterstellt, sobald der Verwalter oder ein Gläubiger es anrufen will. Die Ausnahmevorschrift des § 99 ist jedenfalls nicht ausdehnend zu interpretiren, und hat nur eine negative Bedeutung. Das Gericht kann untersagen, daß etwas geschieht, nicht aber anordnen, daß etwas geschehen soll. Ein Beschluß, der nur einen gestellten Antrag ablehnt, kann nicht angefochten werden. Das Gericht kann nur „die Ausführung eines Beschlusses untersagen." Gegen einen Beschluß, der keine Ausführung erfordert, ist ein Veto nicht zulässig. Das hauptsächlichste Anwendungsgebiet wird § 99 finden, wenn die Majorität Sonderinteressen statt des Interesses der K.Gläubiger verfolgt (etwa zu Gunsten Anderer behufs einer Erwerbung aus der Masse), oder in der Bildung aus Verwandten des G.Schuldners diesen begünstigen will.

Für die Lösung des Konflikts, wenn sachlich etwas geschehen muß und das K.Gericht wiederholte Beschlüsse der G.Versammlungen aufhebt, ist nichts bestimmt. Der Konflikt kann dazu führen, daß indirekt die G.Versammlung genöthigt wird, positiv einen vom Gerichte gewollten anderen Beschluß zu fassen.

2) Gegen das Veto des Gerichts ist die sofortige **Beschwerde** zulässig. Die allgemeine Ansicht gestattet die Beschwerde gegen die Untersagung jedem K.Gläubiger, der für den Beschluß gestimmt hat, sowie dem K.Verwalter als dem Vertreter der Masse im gemeinsamen Interesse aller Gläubiger, falls er nicht Antragsteller ist; gegen die Ablehnung der Untersagung nur dem Antragsteller — entsprechend der durch Antrag und Beschluß begründeten Parteirolle. So Stieglitz, Völderndorff, Sarwey-Bossart, Petersen-Kleinfeller zu § 99; Fitting § 26 zu 7, § 31 Anm. 31. Indeß hier, wie sonst (vgl. Anm. 2 zu § 80 und § 82), ist auch jedem stimmberechtigten Gläubiger, der an der Versammlung nicht Theil nahm, das Recht auf Provokation der Beschwerde-Entscheidung einzuräumen, wenn er den Beschluß vorher oder nachher gebilligt hat; die entsprechende Anwendung der C.P.O. (vgl. §§ 62, 66, 67) führt dazu, daß durch die Anträge eines Gläubigers, die in Betreff des gemeinsamen Interesses Aller gestellt werden, den anderen gleich interessirenden Gläubigern das Recht des Interventionsbeitritts jederzeit erhalten bleibt. Dadurch, daß ein solcher durch den Mehrheitsbeschluß der G.Versammlung gebunden ist und ein Veto nicht beantragen darf, verliert er nicht Recht und Interesse gegenüber dem Veto des Gerichts. Petersen-Kleinfeller Anm. 1.

§ 100. (92.)

Der Gemeinschuldner ist verpflichtet, dem Verwalter, dem Gläubigerausschusse und auf Anordnung des Gerichts der Gläubigerversammlung über alle das Verfahren betreffenden Verhältnisse Auskunft zu geben.

E. I. 95. P. 132. 160. 223.

1. Verpflichtung des G.Schuldners zur Auskunft. | 2) Sonstige Pflichten und Rechte des G.Schuldners.

1) **Die Verpflichtung des G.Schuldners, Auskunft zu geben,** und die damit in Verbindung stehende Pflicht zur Ableistung des Offenbarungseides (§ 125) beruhen darauf,

Digitized by Google

daß sein exekutionsfähiges Vermögen zur Befriedigung der Gläubiger dienen soll (§§ 1, 6) und auf der hierzu eintretenden Nothwendigkeit, daß der G.Schuldner Alles an die Hand giebt, was zur Ermittelung und Herbeischaffung des Vermögens und zur Abwehr der gegen das Vermögen gerichteten Ansprüche dienlich sein kann. Sie entspricht der durch C.P.O. §§ 807, 883 bestimmten Pflicht des Schuldners, gegen den die Zwangsvollstreckung geht. Der Verwalter und der G.Ausschuß können die Auskunft vom G.Schuldner unmittelbar fordern. Die G.Versammlung soll sich deshalb an das Gericht wenden und dessen Anordnung dafür erwirken müssen, um „leidenschaftliche Ausbrüche niederzuhalten". Mot. 317. Die Anordnung des Gerichts hat im Streitfalle auch zu bestimmen, über welche Fragen Auskunft zu geben ist. Auch das K.Gericht selbst kann Auskunft von ihm verlangen, § 75. Der einzelne K.Gläubiger hat kein Recht auf Auskunft. — Der G.Schuldner hat über alle materiellen innerhalb des Verfahrens und für das Verfahren erheblichen Rechtsverhältnisse, also über die gesammte Aktiv- und Passivmasse, vgl. § 1 Abs. 1 und 3, die nöthige Auskunft zu geben, und zwar so oft es verlangt wird. Ort und Zeit zur Auskunft sind nach vernünftigem Ermessen zu bestimmen. Der G.Schuldner hat sich auf Ladung des Verwalters, des G.Ausschusses oder des Gerichts zu gestellen. Er hat seiner Verpflichtung nicht genügt, wenn die von ihm gegebene Auskunft unrichtig oder ausweichend ist. Zur Beseitigung von Streitigkeiten kann das K.Gericht angegangen werden, das durch § 101 Abs. 2 für die Entscheidung über die Erfüllung der Pflichten des G. Schuldners zuständig erklärt ist, und dem auch im § 101 Abs. 2 die Mittel zu deren Erzwingung gegeben sind. Gegen die Entscheidung des Gerichts, auch wenn sie nur über die Pflichten des G.Schuldners ergeht, hat jeder Betheiligte das Recht der Beschwerde, § 73. Ist der G.Schuldner nicht eine einzelne physische Person, so liegen seine Pflichten entweder den mehreren Personen ob, wie Gesellschaftern, Gemeinschaftern, mehreren Erben, oder aber bei juristischen Personen dem verfassungsmäßigen Organe. — Bei dem gesetzlich unfähigen G.Schuldner hat sein gesetzlicher Vertreter einzutreten. Ebenso Seuffert §§ 298 bis 300.

2) **Sonstige Pflichten und Rechte des G.Schuldners.** Zur Dienstleistung bei der Ausführung der Liquidation ist der G.Schuldner absichtlich nicht verpflichtet erklärt. Mot. 318. In Folge der, für alle erheblichen G.Versammlungen bestimmten oder vorausgesetzten Theilnahme des G.Schuldners und mit Rücksicht auf sein Interesse an seiner K.-Masse ist sein Recht als grundsätzlich anerkannt zu erachten, an allen G.Versammlungen (wenngleich ohne Stimmrecht) Theil zu nehmen. Abgesehen von seiner Zuziehung zu den Verhandlungen über Eröffnung oder Einstellung des Konkurses und über einen Zwangsvergleich ist insbesondere seine Zuziehung angeordnet und geregelt zur Abnahme der Rechnung des Verwalters, § 86, zu ungewöhnlichen Verfügungen über die Aktivmasse, § 135, zum Prüfungsverfahren, §§ 141, 144 (vgl. §§ 164, 194, 206).

§ 101. (93.)

Der Gemeinschuldner darf sich von seinem Wohnorte nur mit Erlaubniß des Gerichts entfernen.

Das Gericht kann die zwangsweise Vorführung und nach Anhörung des Gemeinschuldners die Haft desselben anordnen, wenn er die ihm von dem Gesetze auferlegten Pflichten nicht erfüllt, oder wenn es zur Sicherung der Masse nothwendig erscheint.

E. I. 96. P. 138—140.

1. Entfernung des G.Schuldners von seinem Wohnorte.
2. Zwangsmaßregeln im Allgemeinen.
3. Haft.

1) Das „Entfernen" von seinem Wohnorte, das dem Schuldner nur mit Erlaubniß des Gerichts (also auch nicht des Verwalters oder des G.Ausschusses) gestattet ist, umfaßt sowohl die Verlegung des Wohnsitzes, als auch eine Reise. Für die Gewährung der Erlaubniß, die auch unter Bedingungen ertheilt werden kann (Mittheilung des jedes-

Digitized by Google

maligen Aufenthaltsorts, Widerruflichkeit) sind sachgemäß zugleich die Interessen des G. Schuldners, wie der K.Masse zu berücksichtigen. Das Verbot eigenmächtiger Entfernung soll den G.Schuldner verhindern, sich der Erfüllung seiner Verpflichtungen des § 100 zu entziehen. Eine Verletzung des Verbots würde allein schon genügen, als Nichterfüllung seiner Pflichten nach Abs. 2 gegen ihn Vorführung und Haft zu rechtfertigen. Auch auf Vorstandsmitglieder und Liquidatoren von Aktien- und anderen Gesellschaften wie andere Vertreter des G.Schuldners, sowie auf Erben sind die Vorschriften des § 101 ebenfalls anwendbar.

2) **Die Maßregeln des Abs. 2** sind fakultative („das Gericht kann") und können von Amtswegen oder auf Antrag des Verwalters, der Gläubiger oder des G.Ausschusses (vgl § 100) beschlossen werden. Durch das Fakultative der Anordnung ist indeß die Beschwerde gegen eine Ablehnung nicht ausgeschlossen (a.M. Fitting § 33 Anm. 7 wegen seiner in Anm. 4 zu § 66 a. F. bemerkten prinzipiellen Beschränkung der Beschwerde u. Petersen-Kleinfeller Anm 9, weil ein Antrag nur eine Anregung zur Thätigkeit des Gerichts von Amtswegen sei — obgleich die Beschwerde weder begrifflich noch positiv darüber versagt ist, daß das Gericht eine Amtspflicht nicht übt). Dem G.Schuldner steht gegen die Anordnung die Beschwerde (ohne aufschiebende Wirkung C.P.O. § 572) zu, § 73. Vor der Anordnung der Zwangs-Vorführung ist eine „Anhörung" des G Schuldners nicht nöthig; jedoch vor der Haft.

3) **Die Haft** ist als Sicherungsmittel anzuordnen, wenn zu besorgen ist, daß der G.Schuldner seine Freiheit zur Verbringung von Vermögensstücken, zur Einziehung von Ausständen oder zu nachtheiligen Kollisionen oder Verdunkelungen mißbrauchen werde. Als Zwangsmittel soll sie stattfinden, um den G.Schuldner zur Auskunftsertheilung anzuhalten oder wenn der G.Schuldner sich unbefugter Dispositionen oder Behinderungen des Verwalters schuldig macht. Mot. 318. Sofern hiernach die Haft als *Zwangs-* oder *Sicherungsmittel* angeordnet ist, finden für die Anordnung die Vorschriften der C.P.O. „entsprechende" Anwendung, § 72; nicht die §§ 888, 890 C.P.O., die auf die Erwirkung bestimmter Handlungen und Unterlassungen abzielen; aber die §§ 933, 904—910, 912, 913, entsprechend dem Zwecke dieser Haft, vgl. § 918. Mot. 318. Die Kosten der Haft sind dann nach § 58 Nr. 1 zu den Massekosten zu rechnen, da die Haft nur im gemeinsamen Interesse der Gläubiger anzuordnen ist. Aus demselben Grunde finden auch eine persönliche Vorschußpflicht der Antragsteller und die Vorschriften des § 911 C.P.O. nicht Anwendung, wie auch die Mot. 318 den § 911 nicht als anwendbar bezeichnen. Daß die Haft auch nur zur Strafe für begangene Pflichtverletzungen und ohne Rücksicht auf die Erzwingung einer Pflichterfüllung angeordnet werden könnte, findet in dem Gesetze keinen Anhalt. Eher könnte man den Ausführungen der Motive entgegen annehmen, daß die §§ 888, 890 C.P.O. in geeigneten Fällen anzuwenden seien.

Zweiter Titel.
Eröffnungsverfahren.

Die K.O. erfordert als Bedingung der K.Eröffnung nicht die *Vermögensunzulänglichkeit*, d. h. einen Zustand, worin das gesammte Vermögen weniger werth ist als die Schuldmasse (*Insuffizienz*), wie das gemeine Recht und für Nichtkaufleute auch die P. als Erforderniß aufstellten (über die Gründe dagegen vgl. Makower zur Revision der K.O. Berlin 1894 S. 3 ff., 21 ff.); sondern die Zahlungsunfähigkeit, d. h. den Zustand, worin der Schuldner die zur Zeit fälligen Zahlungen nicht leisten kann (*Insolvenz*). Die Mot. konstruiren diese Bedingung aus dem Rechte des Gläubigers, weil er zur Fälligkeitszeit Befriedigung zu fordern hat und sich nicht mit dem Einwande abfinden zu lassen braucht, daß das Vermögen des Schuldners an sich, mit der stillschweigend verstandenen Hülfe späterer Verwerthung, ausreichend sei. Mot. 14, 15, 320 Vorbem. vor § 1. Aus-

Digitized by Google

nahmsweise ist nur die Insuffizienz für den Konkurs über einen Nachlaß alleiniger und für den Konkurs einer Aktiengesellschaft, einer aufgelösten eingetragenen Genossenschaft und einer Gesellschaft mit beschränkter Haftpflicht ein neben der Insolvenz zulässiger Grund zur K.Eröffnung, §§ 215, 207, Ges. v. 1. Mai 1889 § 91 u. v. 20. April 1892 § 63.

Zur K.Begründung dient die Zahlungsunfähigkeit nicht als bloß latenter Zustand, sondern nur, wenn sie als Zustand der Unmöglichkeit zur Leistung der fälligen Zahlungen äußerlich sich ergiebt Ob begrifflich und theoretisch eine Zahlungsunmöglichkeit schon, wenn sie noch nicht erkennbar ist oder nicht fällige Schulden betrifft, als K.Grund zu bezeichnen ist, Oetker 1, 180, hat für die Begründung und Realisirung eines Konkurses keinen Werth Vgl. RG. Seuff. Arch. 43, Nr. 192. Der Nachweis eines thatsächlichen Zustandes der Zahlungsunmöglichkeit ist für die richterliche Beweiswürdigung nach der Beweistheorie der C.P.O. § 286 zu führen. „Welche Thatsachen im Einzelnen geeignet sind, als Erkennungsquelle der Zahlungsunfähigkeit zu dienen, ist der Beurtheilung des Richters im konkreten Falle zu überlassen. Eine erschöpfende und ausschließende Aufzählung aller sog. Bankerutthandlungen, wie in ihrer kasuistischen Weise die englischen und amerikanischen K.Gesetze sie versuchen, ist unmöglich, eine Exemplifikation gegenüber dem Grundsatze der freien Ueberzeugung (C.P.O. § 286) entbehrlich." Mot. 323.

Hervorgehoben ist als der am häufigsten vorkommende Fall der Aeußerung der Zahlungsunfähigkeit: die Zahlungseinstellung. Der Begriff der Zahlungseinstellung und die Merkmale, an denen sie erkannt werden kann, sind im Zusammenhang bei der Lehre von der Anfechtung dargestellt, für die sie die größte Bedeutung hat. Es wird deshalb hier auf die Anm. 3—9 zu § 30 verwiesen.

§ 102. (94.)

Die Eröffnung des Konkursverfahrens setzt die Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners voraus.

Zahlungsunfähigkeit ist insbesondere anzunehmen, wenn Zahlungseinstellung erfolgt ist.

E. I. 100. P. 113. 319. 322. 323.

1. Gemeinschuldner.
2. Zahlungsunfähigkeit.
3. Zahlungseinstellung.

1) **Gemeinschuldner** kann nur derjenige werden, der zahlungsunfähig ist. Aber dieser sein Vermögenszustand und insbesondere dessen in der Zahlungseinstellung liegende Aeußerung kann nicht bloß durch seine eigenen persönlichen Handlungen nachgewiesen werden, sondern auch durch andere Thatsachen und namentlich durch die Handlungen derer, die kraft Gesetzes als Vater, Vormund, Ehemann, Vorstand einer Aktiengesellschaft, Vertreter einer offenen Handelsgesellschaft u. s. w. oder kraft Auftrages oder Genehmigung den G.Schuldner vertreten. Soweit für die Vermögensrechte eines Schuldners sein eigener Wille nicht in Betracht kommt, sondern der Wille durch den Willen und die Handlungen seines gesetzlichen Vertreters zu äußern ist, bleibt auch nur dessen Handeln entscheidend.

Das K.Verfahren kann immer nur über das Vermögen eines G.Schuldners eröffnet werden, und nicht zugleich dasselbe K.Verfahren über das Vermögen Mehrerer. Falls mehrere Schuldner, ohne zusammen ein Rechtssubjekt zu bilden, in irgend welcher Verbindung zusammenstehen, so ist das K.Verfahren immer nur über das Vermögen desjenigen Schuldners zu eröffnen, für den die Voraussetzungen des § 102 vorhanden sind. Sind sie für Mehrere vorhanden, so ist das K.Verfahren für Jeden gesondert zu eröffnen.

Der G.Schuldner muß ein Rechtssubjekt sein. Unter dieser Voraussetzung kann der G.Schuldner jedoch auch eine Gemeinde, Korporation, juristische Person sein, oder eine von solchen Gesellschaften, Genossenschaften, Personen, Stiftungen, Anstalten und Vermögenskassen sein, „welche als solche verklagt werden können", C.P.O. § 17, nicht bloß physische und juristische Personen, wie Oetker 1, 70 ff. will. Die Konkurse über die in den §§ 207—213 bezeichneten Gesellschaften sind nur Beispiele. Auch der Konkurs über

Digitized by Google

einen Nachlaß, §§ 215 ff., ist keine begriffliche Ausnahme; er wird über das Vermögen eröffnet, das der Erblasser zur Zeit seines Todes besaß. Vgl. Anm. 1 zu § 214.

2) Ueber die Bedeutung des **Zahlungsunfähigkeit** ist schon in der Vorbemerkung gesprochen. Ueber die einzelnen Abarten des in Abs. 1 ausgesprochenen Grundsatzes vgl. ferner §§ 207, 209, 213, 215, Gen.Ges. 1. Mai 1889 u. 20. Mai 1898 § 98. Die Zahlungsunfähigkeit hat nicht etwa als einzige Voraussetzung die Zahlungseinstellung, Mot. 324, 325. Auch wenn Jemand nicht aufhört, seine Verbindlichkeiten zu erfüllen, kann eine Zahlungsunfähigkeit (z. B. unter Umständen durch fortgesetzte Wechselverlängerungen) sich äußern. Dies ist durch das Wort: „insbesondere" ausgedrückt. Nöthig ist indeß immer, daß eine Zahlungsunfähigkeit sich durch Thatsachen geäußert hat.

Welche Zahl von Gläubigern der Zahlungsunfähige zu befriedigen außer Stande ist, ist gleichgültig. Thatsächlich wird wohl schwerlich ein Konkurs eröffnet werden, in dem nur ein Gläubiger betheiligt ist. Nothwendig ist indeß nach der K.O. nicht ein Nachweis, daß der G.Schuldner mehrere Gläubiger habe. Vgl. RG. II, 40; RG. 18. Dez. 1883, JW. 1894 S. 90 Nr. 33. Wenn jedoch feststeht, daß nur ein Gläubiger vorhanden ist, so ist nach Endemann § 9 zu II, V der Konkurs seinem Zwecke gemäß nicht das geeignete Mittel zur Befriedigung.

3) **Die Zahlungseinstellung** (vgl Anm. 3—9 zu § 30) ist nicht ein besonderer selbständiger K Grund neben der Zahlungsunfähigkeit, sondern sie ist eine äußere Bethätigung der Zahlungsunfähigkeit. Abs. 2 bedeutet: wenn eine (wahre) Zahlungseinstellung erfolgt ist, so ist aus dieser Thatsache zu schließen, daß der Schuldner zahlungsunfähig ist. Sie begründet eine praesumtio juris, ohne den Gegenbeweis auszuschließen. Eine aus den gewöhnlichen Merkmalen einer Zahlungseinstellung gezogener Schluß auf Zahlungsunfähigkeit kann durch andere Umstände dahin widerlegt werden, daß in der That ein wahre Zahlungsunfähigkeit nicht vorhanden ist, weil nicht eine allgemeine Einstellung der Zahlungen oder nur eine augenblickliche Stockung oder eine vorgeschützte oder nur eingebildete Unfähigkeit vorliegt. Mot. 324. In Wirklichkeit ist dann indeß auch keine wahre Zahlungseinstellung, wie § 102 sie voraussetzt, vorhanden, Anm. 6 zu § 30; sondern nur eine scheinbare oder vorgegebene. Bei richtigem Verständniß der Zahlungseinstellung, die nur dann zu berücksichtigen ist, wenn sie die Aeußerung einer wirklichen Zahlungsunfähigkeit ist, bleibt es daher müßig, zu fragen, ob Abs. 2 — was richtig ist — eine bloße widerlegbare Vermuthung ausspricht, wie der Ausdruck „ist anzunehmen" stets eine Beweisvorschrift für den Richter bezeichnet, vgl. Bülow, civ. Arch. 62, 41 Anm. 37, Oetker 1, 101 ff.; oder ob man die Zahlungseinstellung begrifflich als Aeußerung wahrer Zahlungsunfähigkeit gelten lassend, durch eine Widerlegung der Zahlungsunfähigkeit zugleich die Zahlungseinstellung widerlegt erklärt. Die Beweislast für die „Zahlungseinstellung" kann immer nur zur Pflicht machen, die gewöhnlichen Merkmale regelmäßiger Zahlungseinstellung nachzuweisen, während die Ausnahme, wegen derer diese dennoch keine wahre Zahlungsunfähigkeit anzeigt, von dem nachzuweisen ist, der das Interesse hat, die Regelbedeutung der nachgewiesenen Thatsachen nicht gelten zu lassen.

§ 103. (95.)

Das Verfahren kann nur auf Antrag eröffnet werden.

Zu dem Antrage ist der Gemeinschuldner und jeder Konkursgläubiger berechtigt.

E. I. 99. P. 118. 321. 322.

1. Antrag.
2. Antragsrecht und Pflicht des G.Schuldners.
3. Antragsrecht des Gläubigers.
4. Antrag für Versicherungsanstalten.

1) **Von Amtswegen** in die privatrechtlichen Verhältnisse **einzugreifen, ist auch im** Interesse der entfernter wohnenden Gläubiger **kein Grund gefunden.** Jeder Gläubiger möge sich über die Vermögenslage seines Schuldners unterrichtet halten, und thatsächlich erfolgt auch für den Handelsverkehr Entfernterer deren Unterrichtung und Sicherung durch

Digitized by Google

Agenten an den Orten umfangreicheren Verkehrs. Mot. 325. Zur K.Eröffnung ist daher stets **ein Antrag** entweder des G.Schuldners, § 104, oder eines K.Gläubigers, § 105, nöthig. Der Antrag ist für Prozeßunfähige im Sinne der C.P.O. § 51 durch ihre gesetzlichen Vertreter zu stellen (vgl. indeß Anm. 2) und kann durch Bevollmächtigte (ohne Anwaltszwang, C.P.O. §§ 78, 79) gestellt werden. Ueber die Form des Antrags vgl. Anm. 1 zu § 104. Aus der Vorschrift des Abs. 1 folgt, daß zur Zeit der K.Eröffnung ein Antrag dafür vorhanden sein muß, bis dahin also der Antrag zurückgenommen werden kann, was auch Ger.-Kost.-Ges. § 53 voraussetzt, vgl. Anm. 8 zu § 105. Wegen der Gerichtskosten bei Zurückweisung oder Zurücknahme des Antrags vgl. Ger.-Kost.-Ges. § 53. Wegen des Kostenvorschusses „bei dem Antrage auf K.Eröffnung" vgl. Ger.-Kost.-Ges. § 82. Die Vorschriften der C.P.O. §§ 114 ff. über Ertheilung des Armenrechts für den antragstellenden Gläubiger sind entsprechend anwendbar; ergiebt sich keine Aussicht auf entsprechende Befriedigung aus der Masse, § 107, so ist der Antrag auf Armenrecht wegen Aussichtslosigkeit abzuweisen. Ueber das Recht des antragstellenden Gläubigers, den Gerichtskostenvorschuß nach der K.Eröffnung als Massegläubiger erstattet zu fordern, vgl. Anm. 1a u. 2a zu § 58 Nr. 1. Wegen der ihm in Folge seines Antrags vor der K.Eröffnung erwachsenden Kosten vgl. Anm. 3 zu § 63. Wegen der Anwaltsgebühren für die Vertretung im Eröffnungsverfahren vgl R.Anw Geb.O. §§ 54, 59.

2) **Antragsberechtigt ist zunächst der Gemeinschuldner** (vgl. Anm. 1 zu § 102). — Eine Verpflichtung, nach seiner Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung den Konkurs zu beantragen, hat er als Regel nicht (abweichend von P. § 116). In den §§ 240 ff. wird nur spätere Benachtheiligung oder Begünstigung von Gläubigern, späteres Eingehen neuer Schulden u. s. w. mit Strafe bedroht. Ebenso treffen den Erben gewisse Rechtsnachtheile, wenn er bei Ueberschuldung des Nachlasses nicht den Nachlaßkonkurs beantragt, B.G.B. § 1980. Doch ist in einzelnen besonderen Fällen auch eine Antragspflicht des G.Schuldners gegeben, nämlich für die Vorstandsmitglieder und Liquidatoren einer Aktiengesellschaft, H.G.B. §§ 240 Abs. 2, 241, 315, und einer eingetragenen Genossenschaft, Gen.Ges. §§ 34, 99, 118, 140, 148, die persönlich haftenden Gesellschafter und Liquidatoren einer Kommanditgesellschaft, H.G.B. § 320 Abs. 3, die Geschäftsführer und Liquidatoren einer Gesellschaft mit beschr. Haftung, Ges. vom 20. April 1892 §§ 64, 71, 84, — bei Zahlungsunfähigkeit und einer durch die Bilanz festgestellten Ueberschuldung, sowie für die Vorstandsmitglieder und Liquidatoren einer juristischen Person bei Ueberschuldung nach B.G.B. § 42 Abs. 2, § 48 Abs. 2, § 86, § 89 Abs. 2.

Die Rechtswohlthat der Güterabtretung ist für den G.Schuldner aufgehoben, E.G. § 4, Vortheile für einen freiwilligen Antrag auf K.Eröffnung werden dem G.Schuldner nicht bewilligt.

3) Antragsberechtigt ist ferner „**jeder Konkursgläubiger**" und nur ein solcher Gläubiger, d. h. einer, der, wenn sofort Konkurs eröffnet würde, im Sinne der §§ 3, 61 K.Gläubiger sein würde. Daraus folgt: das Recht ist weder von einem bestimmten Forderungsbetrage, noch von der Vollstreckbarkeit der Forderung abhängig. Auch bevorrechtigte Gläubiger sind zum Antrage berechtigt; ebenso die Gläubiger bedingter und betagter Forderungen, die „gerade das dringendste Interesse haben können", Mot. 326; desgleichen Absonderungsberechtigte, die zugleich eine persönliche Forderung an den G.Schuldner haben, § 64. Prot. 73, 74. Nicht antragsberechtigt sind die für einen solchen Antrag nicht interessirten Gläubiger des § 63; und aus demselben Grunde nicht während eines schwebenden Konkurses die K.Gläubiger zu einem Antrage auf einen zweiten Konkurs, vgl. Anm. 3 zu § 14. Eine Tilgung der K.Forderung vor der K.Eröffnung beseitigt den Antrag, vgl. Anm. 4 zu § 105.

4) Der Konkurs über das Vermögen einer **Versicherungsgesellschaft auf Aktien** oder eines **Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit** kann nur auf Antrag der Aufsichtsbehörde eröffnet werden und auf den Antrag dieser Behörde muß er ohne weitere Prüfung eröffnet werden, vorbehaltlich der Vorschriften des § 107 Abs. 1. Der Vorstand hat statt der nach anderen Vorschriften bestehenden Pflicht, die Konkurseröffnung zu beantragen, die Pflicht,

Digitized by Google

der Aufsichtsbehörde Anzeige zu machen. Ges. über die privaten Versicherungsunternehmungen v. 12. Mai 1901 § 68. Die Vorschrift beruht auf dem Rechte der Aufsichtsbehörde, die Verhältnisse einer solchen in Schwierigkeiten gerathenen Versicherungsanstalt, wenn es die Umstände gestatten, zu heilen, ebenda § 69.

§ 104. (96.)

Beantragt der Gemeinschuldner die Eröffnung des Verfahrens, so hat er ein Verzeichniß der Gläubiger und Schuldner, sowie eine Uebersicht der Vermögensmasse bei Stellung des Antrags einzureichen oder, wenn dies nicht thunlich ist, ohne Verzug nachzuliefern.

E. I. 102. 104—109. P. 116 ff. 321. 326.

1. Allgemeines über das Eröffnungsverfahren.
2. Verfahren auf Antrag des G.Schuldners.
3. Abweichungen.
4. Einreichung und Zweck des Verzeichnisses.
5. Rücknahme des Antrags des G Schuldners.

1) Allgemeines über das Eröffnungsverfahren. Das Verfahren über einen Antrag auf K Eröffnung soll nicht, wie nach gemeinrechtlicher Praxis und nach der preuß. A.G.O. ein förmlicher kontradiktorischer Prozeß sein, andererseits auch nicht, wie nach der preuß. K.O., „mit bedrohlicher Leichtigkeit" ohne Verpflichtung, den G.Schuldner zu hören, die K.Eröffnung ermöglichen. Das Verfahren vor dem Eröffnungsbeschlusse ist durch die §§ 104, 105 in Verbindung mit § 72, § 73 Abs. 1, 75 bestimmt. Der Antrag auf Eröffnung kann unter analoger Anwendung der C.P.O. § 495 schriftlich (ohne Mitzeichnung eines Rechtsanwalts, C.P.O. §§ 78, 79) eingereicht oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers angebracht werden. Der § 73 Abs. 1, der Entscheidungen „im K.Verfahren" ohne vorgängige mündliche Verhandlung zuläßt, findet auch für die erste das K.Verfahren beginnende Entscheidung, den Eröffnungsbeschluß, Anwendung. Ebenso unterliegt überhaupt das „Eröffnungsverfahren" (II. Tit. 2) als Beginn des K.Verfahrens den allgemeinen Bestimmungen der §§ 71—75, die für das K.Verfahren vorangestellt sind, das Resultat möge die K.Eröffnung oder deren Ablehnung sein. Dies ist unzweifelhaft vorausgesetzt und erhellt schon aus der äußerlichen Stellung der Tit. 1 und 2.

Daß ein Antrag, wenn unbegründet, abzuweisen ist, wird als selbstverständlich in der K.O. vorausgesetzt und durch § 109 angedeutet. Die Entscheidung wird im § 109 als abweisender „Beschluß" bezeichnet. Wenngleich sie ebenso wie der Eröffnungsbeschluß materiell die Rechte der Gläubiger betrifft, ist sie dem § 109 entsprechend in den Formen zu erlassen, die in der C.P.O. für Beschlüsse gestattet ist. Die Anwendung der Urtheilsform (mit Thatbestand und Gründen) ist nicht nöthig. A.M. Völderndorff II. Anm. a zu § 100 (a. F.). Die Beifügung einer Begründung der Abweisung wird indeß das Gericht selbst ebenso, wie bei sonstigen einen Antrag ablehnenden Beschlüssen, sachgemäß finden, zumal die Beschwerde gegen den Beschluß zulässig ist. Ueber das Verhältniß verschiedener Anträge zu einander vgl. Anm. 7 zu § 105 und Anm. 1 zu § 108.

2) Verfahren auf Antrag des Gemeinschuldners, § 104. In jedem Falle und auch wenn der G Schuldner die Eröffnung beantragt, ist diese nur dann zu beschließen, wenn das Gericht die Ueberzeugung erlangt hat, daß eine Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung vorliegt, § 102. Das Gericht hat dies von Amtswegen zu prüfen. Die Betheiligten können darüber nichts vereinbaren. Daß der Antrag des G.Schuldners unter Beibringung der im § 104 bemerkten Verzeichnisse nebst Uebersicht unbedingt genügen, oder daß seine Behauptung und Anerkennung der Voraussetzung: Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung, § 102 für das Gericht bindend sein und zur K.Eröffnung zwingen soll, ist aus dem Gesetze nicht herauszulesen. Auch ist nicht aus § 105 durch arg. e contrario zu folgern, daß Glaubhaftmachung und Beweisführung für den Antrag des G.-Schuldners absolut gleichgültig seien. Sollte der Erklärung des G Schuldners eine solche bindende Wirkung beigemessen werden, so hätte dies ausdrücklich bestimmt werden müssen. Im Gegentheile ist durch § 102 gegeben, daß das Gericht zu prüfen hat, ob die Voraus-

Digitized by Google

setzung des § 102 vorliegt. Die Erklärung des G.Schuldners ist kein vom Gesetze mit bindender Wirksamkeit ausgestatteter Dispositionsakt (C.P.O. § 288 ist außerhalb eines Rechtsstreits nicht anwendbar), sondern ein „Antrag" und ein außergerichtliches Geständniß im Sinne der C.P.O., unterliegt daher (§ 286 C.P.O.) der freien richterlichen Ueberzeugung. Das Gericht *kann* die Ueberzeugung von dem Bestehen der Voraussetzung des § 102 im Falle eines Antrags des G.Schuldners aus dessen Mittheilungen gewinnen, braucht keine sonstigen Ermittelungen zu veranlassen und kann sofort auf den Antrag die K.Eröffnung beschließen. Das Gericht ist indeß hierzu durch den Antrag allein nicht verpflichtet, sondern wird durch § 104 darauf hingewiesen, daß das Geständniß des G.Schuldners mit Rücksicht auf die detaillirten Mittheilungen einer Prüfung unterzogen werden darf. Auch die Vernehmung des G.Schuldners — §§ 72, 73 (Satz 1 arg. e. contr.), 100 Satz 1 — und die Zulässigkeit weiterer Ermittelungen, § 75, sind nicht grundsätzlich durch § 104 ausgeschlossen. Der Gegensatz zum § 105 Abs. 2 liegt darin, daß beim Antrage eines Gläubigers dem Gerichte die Pflicht dazu auferlegt ist („*hat* zu hören" und „*hat* anzuordnen") und das Bedürfniß zur Feststellung der Begründung näher liegt, während das Gericht keine Pflicht haben soll, beim Antrage des G.Schuldners weiter nachzuforschen. Diese Auslegung wird auch durch die Geschichte des § 104 bestätigt. Der Satz des Entw. im § 104: beim Antrage des G.Schuldners bedürfe es nicht eines Nachweises der Zahlungsunfähigkeit, wobei Mot. 329 diesen Nachweis dann als erlassen bezeichneten, ist von der R.K. gestrichen, um eine Auslegung dahin zu vermeiden, daß der Richter auf jeden, auch materiell unbegründeten Antrag den Konkurs eröffnen müsse, während die R.K. einig war, daß die Streichung nicht die Bedeutung haben solle, als *müsse* der Richter außer dem Antrage des G.Schuldners noch sonstige Beweismittel verlangen. Prot. 74—76. Hullmann Anm. 2; Meisner S. 274 Anm. 4; Sarwey-Bossert Anm. 1; Jäger Anm. 1. Betreffs der Zulässigkeit weiterer Ermittelungen abw. Stieglitz, Petersen-Kleinfeller, Völderndorff zu § 104; Fitting § 35 zu III; Endemann S. 76.

3) **Abweichungen** von der Vorschrift des § 104 finden sich in der K.O. § 208 Abs. 2, § 210 Abs. 2, §§ 213, 217 Abs. 2, § 236, wo angeordnet ist, daß bei der Anmeldung des Konkurses einer Aktiengesellschaft, einer offenen Handelsgesellschaft, einer juristischen Person oder eines klagbaren Vereins, der Konkurs über einen mehreren Erben zustehenden Nachlaß sowie endlich des Konkurses über das Gesammtgut einer fortgesetzten Gütergemeinschaft der Konkursgrund der Glaubhaftmachung bedarf, wenn er nicht von allen Vertretern oder Gesammthändern gemeinsam gestellt wird. Die entsprechende Bestimmung enthält auch das Genossensch.Gesetz vom 1. Mai 1889 und 20. Mai 1898 in § 100 Abs. 2, § 118 und das Gesetz über die Ges. mit beschr. Haft. in § 63 Abs. 2.

4) **Die Einreichung des Verzeichnisses** der Gläubiger und Schuldner und der Vermögensübersicht ist zur Vollständigkeit des Antrags vorgeschrieben. Dies ist jedoch nicht derartig wesentlich, daß der Antrag zur Zeit zurückgewiesen werden *müßte*, wenn jener Vorschrift nicht entsprochen ist. Abweichend vom E. 1 §§ 102, 104 ist dem G.Schuldner zwar die Verpflichtung auferlegt, dem Antrage jene ersten Grundlagen des Verfahrens beizufügen; dem Antrage kann aber auch (gegen Völderndorff II. zu e) stattgegeben werden, wenn die Verzeichnisse nicht oder nicht vollständig eingereicht sind oder erst „nachgeliefert" werden. Schon aus dem § 104 folgt, daß als Nachlieferung eine Einreichung nach erfolgter K.Eröffnung gestattet sein soll, wenn die Beifügung zum Antrage „nicht thunlich ist". Sollte bestimmt werden, daß der Antrag bis zur Einreichung ignorirt werden müsse, so hätte es der Schlußbestimmung wegen der Nachlieferung nicht bedurft; denn daß ein Antrag, wenn Anfangs unvollständig vorgebracht, später vervollständigt werden könne, versteht sich ohnehin von selbst und würde bei der so knappen Sprache der K.O. nicht besonders ausgedrückt sein. Vgl. Hullmann S. 241, Sarwey-Bossert Anm. 1 Nr. 4. Die Zahlungsunfähigkeit kann unzweifelhaft vorliegen und zur schleunigsten K.Eröffnung Grund geben, während gerade bei umfangreichen Geschäftsverhältnissen eine gleichzeitige Einreichung des Verzeichnisses oder der Uebersicht unmöglich sein kann. Vgl. Hullmann Anm. 2; Fitting § 35 zu III.

Digitized by Google

Das Gericht *kann* andererseits mit Rücksicht auf § 104 die K.Eröffnung vor Erledigung dieser Vorschrift ablehnen. Ob die Einreichung vor der K.Eröffnung thunlich ist, unterliegt dem richterlichen Ermessen. Hält sie das Gericht zur Gewinnung der Ueberzeugung von der Zahlungsunfähigkeit für nöthig, so kann es vorher die K.Eröffnung nicht aussprechen. Das Gericht kann dem G.Schuldner eine Frist zur Einreichung bestimmen, C.P.O. §§ 221 ff. Die Nichtinnehaltung der Frist hat die Folge, daß nach deren Ablauf die Entscheidung für oder gegen die Eröffnung nach der Sachlage erfolgen wird. Einer Androhung der Folgen bedarf es nicht. C.P.O. § 231.

Zweck der Vermögensübersicht und der Verzeichnisse der Gläubiger und Schuldner ist, die erste Grundlage für das Verfahren zu gewinnen. Mot. 329. Welche Vollständigkeit für Verzeichniß und Uebersicht gefordert werden soll, unterliegt dem richterlichen Ermessen. Die Mot. 329 machen aufmerksam: um dem Zwecke zu entsprechen, sei anzugeben, welche Vermögensstücke dem Anspruche auf Herausgabe oder auf abgesonderte Befriedigung unterliegen; der wahrscheinliche Werth zweifelhafter Forderungen, der Rechtsgrund und Betrag der Schulden seien anzugeben und die Angabe der Wohnungen von Gläubigern und Schuldnern für das Verzeichniß wünschenswerth.

5) **Die Zurücknahme des Antrags des Gemeinschuldners** ist unbedenklich möglich, bis der Eröffnungsbeschluß ergangen ist. Das folgt aus § 103 Abs. 1, wonach ohne Vorliegen eines Antrags ein Konkurs nicht eröffnet werden kann. Ist aber der Eröffnungsbeschluß ergangen, so hat zugleich der G.Schuldner gemäß § 6 das Verfügungs- und Verwaltungsrecht über sein Vermögen verloren, eine Rücknahme ist dann ohne Zustimmung aller Betheiligten nicht mehr möglich.

§ 105. (97.)

Der Antrag eines Gläubigers auf Eröffnung des Verfahrens ist zuzulassen, wenn die Forderung des Gläubigers und die Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners glaubhaft gemacht werden.

Wird der Antrag zugelassen, so hat das Gericht den Schuldner zu hören und, sofern dieser nicht seine Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung einräumt, die erforderlichen Ermittelungen anzuordnen.

Die Anhörung des Schuldners kann unterbleiben, wenn sie eine öffentliche Zustellung oder eine Zustellung im Auslande erfordert; in diesem Falle ist, soweit thunlich, ein Vertreter oder Angehöriger des Schuldners zu hören.

E. I. 103—109. P. 118. 321 K. 326.

1. Verfahren auf Antrag eines K.Gläubigers.
2. Glaubhaftmachung.
3. Anhörung des G.Schuldners.
4. Einwendungen des G.Schuldners.
5. Insbesondere der Einwand des Verzichts auf die K.Eröffnung.
6. Fernere Ermittelungen.
7. Oeffentliche Zustellung.
8. Zuziehung eines Vertreters.
9. Zurücknahme des Antrags durch den Gläubiger.
10. Abweisung des Eröffnungsantrags.

1) **Verfahren auf Antrag eines Konkursgläubigers**, § 105. Abweichend von E. § 97 („er muß . . . . glaubhaft machen; das Gericht hat den Schuldner zu hören" u. s. w.) beschloß die R.K. die jetzige Fassung der Abs. 1 und 2 (und ebenso die gleiche Fassung in § 208 Abs. 2, § 210 Abs. 2, § 217 Abs. 2), um eine mißverständliche Auffassung auszuschließen, als wenn es *nach* der Glaubhaftmachung keines weiteren Nachweises bedürfe. Ohne die Glaubhaftmachung ist der Antrag nicht vollständig; sie ist nothwendige Vorbedingung. Die Zulassungsvorschrift des Abs. 1 hat die Bedeutung, daß der Antrag in Ermangelung der Zulässigkeit als unzulässig abzuweisen ist, während er nach sachlicher Prüfung beim Fehlen materieller Voraussetzungen (Zahlungsunfähigkeit, Abs. 2) als unbegründet zurückzuweisen ist. Die Unterscheidung der Zulassung als s. g. „latentes Dekret"

Digitized by Google

und der ausgesprochenen Zulassungs-Ablehnung als „formulirtes Dekret", Oetker I, 86, 109 ff., ist praktisch ohne Werth. Die Zulassung ist gar kein Dekret (Beschluß), sondern eine Erwägung im Innern des Richters, und ohne Folgen, so lange bis er einen Ausdruck dafür giebt, entweder daß er den Antrag nicht als unzulässig zurückweisen will, oder daß er ihn als unzulässig abweist. Auch die „latente" Zulassung hindert ihn nicht, später den Antrag als unzulässig zurückzuweisen, weil ein dem Abs. 1 entsprechender zulässiger Antrag nicht vorliegt. Die Zurückweisung des Antrags als unzulässig erfolgt durch Beschluß, der dem Antragsteller zuzustellen ist, § 73 Abs. 2, und gegen den die sofortige Beschwerde nach § 109 statthaft ist. Die Zulassung des Antrags hat, ohne daß sie durch besonderen Beschluß ausgesprochen zu werden braucht, das weitere Verfahren nach Abs. 2 zur Folge. Findet das Gericht die Voraussetzungen *glaubhaft*, so hat es nach Abs. 2 den Schuldner zu hören.

2) Was dem Gerichte **„glaubhaft"** ist, im Gegensatze zu einem zur „Ueberzeugung" führenden Beweise C.P.O. § 286, hängt vom Ermessen des Gerichts ab. Ueber die zulässigen Mittel entscheidet § 294 C.P.O. — Andere Gläubiger können selbständige Anträge stellen, müssen indeß dazu ihr rechtliches Interesse, d. h. ihre eigene Konkursforderung dem § 105 und C.P.O. §§ 66, 71 entsprechend ebenfalls glaubhaft machen; die späteren Anträge sind sachgemäß zu berücksichtigen, wenn nicht schon auf Grund früherer die K.Eröffnung erfolgt.

3) **Anhörung des Gemeinschuldners.** Abgesehen von den Ausnahmen des Abs. 3 *muß* der G.Schuldner vor der K.Eröffnung *gehört* werden, d. h. es muß ihm Gelegenheit gegeben werden, mündlich oder schriftlich seine Erklärungen über den Antrag abzugeben. Erklärt er sich (in der ihm gegebenen Frist) nicht, so ist damit der Vorschrift vorgängigen rechtlichen Gehörs immerhin Genüge geleistet. Doch ist die Verweigerung einer Erklärung durch den G.Schuldner nicht ohne Weiteres als Anerkenntniß der Zahlungsunfähigkeit auszulegen; die Vorschrift des § 138 C.P.O. ist in Ermangelung eines Prozeß-Verfahrens nicht anwendbar; das Gericht kann von den Zwangsmitteln des § 106 Gebrauch machen. — Ueber die Formen des „*Hörens*" und der ferneren Verhandlung vgl. Anm. 2 zu § 104 und Anm. 2 zu § 73.

4) Dem Zwecke des Eröffnungsverfahrens entsprechend ist der Schuldner darüber zu hören, ob der K.Grund, die Zahlungsunfähigkeit, vorhanden ist. Behufs der Entscheidung über die Eröffnung sind indeß die von ihm vorgetragenen **Einwendungen** über die sonstigen K.Voraussetzungen: Unzuständigkeit des Gerichts, Unzulässigkeit eines Konkurses, Antrag, Legitimation des Antragstellers ꝛc. zu berücksichtigen, wenngleich der Begriff der prozeßhindernden Einreden nach C.P.O. § 274, der für den Civilprozeß behufs abgesonderter Beurtheilung geschaffen ist, mit Rücksicht auf die Dringlichkeit des K.Zwecks und die Gestaltung des Eröffnungsverfahrens §§ 103—108, keine auch nur entsprechende Anwendung finden kann. — Die Forderung des Antragsstellers kann der G.Schuldner nur soweit mit Erfolg bestreiten, als er durch die, von ihm in den Grenzen des § 294 C.P.O. beigebrachten Beweismittel die als alleinige Voraussetzung in Abs. 1 aufgestellte Glaubhaftmachung des Gläubigers beseitigt. Ein weiteres Beweisverfahren hat dann ebensowenig einzutreten wie im Falle des Widerspruchs gegen einen Arrestantrag, wo auch nur die Glaubhaftigkeit der Voraussetzungen Gegenstand des Verfahrens sein kann, **RG.** 7, 325, 326; 13. Febr. 1889, JW. 108. Da jedoch nach § 103 Abs. 1 zur Zeit der K.Eröffnung ein dann noch berechtigter Antrag vorliegen muß, so macht der Nachweis, daß der Antragsteller bereits befriedigt ist, den Antrag hinfällig. Die Anordnung weiterer Ermittelungen (Abs. 2) ist nur für den Fall vorgeschrieben, daß der G.Schuldner die behauptete Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung bestreitet; sie bezieht sich also nicht auf das Bestehen der Forderung des Gläubigers, für das die Glaubhaftmachung unter allen Umständen genügt. Ein Einwand des G.Schuldners, ihm sei gestundet, ist insoweit einflußlos, als auch eine betagte Forderung zum Antrage berechtigt; der Einwand kann aber die Eröffnung ausschließen, wenn er eine Stundung aller Gläubiger betrifft, weil dann eine Unterlassung der Tilgung fälliger Zahlungen vorliegt.

Digitized by Google

5) Streitig ist, ob gegen den Antrag eines Gläubigers ein **Einwand des Gemeinschuldners** zulässig sei, **daß der Gläubiger sich vertragsmäßig verpflichtet habe, nicht** (oder zur Zeit nicht) **den Konkurs zu beantragen**; und ob deshalb das K.Gericht Ermittelungen anordnen darf, was vom L.G. Kiel bejaht, von Seestern-Pauli hinsichtlich der Anordnung von Ermittelungen verneint wird, Busch 10, 511 ff.; während Kohler (Ass.K. 31, 319 u. Busch 11, 309) sowie Oetker 1, 175; Petersen-Kleinfeller Anm. 7; Sarwey-Bossert Anm. 6 einen solchen Vertrag, wenn er nicht bloß ein Fristertheilungsvertrag sein, sondern die Wirkung haben soll, daß der Gläubiger seine Forderung durch sonstige Mittel beitreiben könne und nur der Antrag auf K.Eröffnung ausgeschlossen sein solle, für nichtig erklären, weil die Befugniß zu diesem Antrage im allgemeinen öffentlichen Interesse gegeben sei. Auch Jäger hält den Verzicht auf das Recht, die K.Eröffnung zu beantragen, für unzulässig, weil das Antragsrecht im öffentlichen Interesse normirt sei. Dem kann nicht beigetreten werden; jeder K.Gläubiger hat als solcher (an sich auch ohne Rücksicht, ob seine Forderung noch betagt ist) eine *privatrechtliche* Befugniß zum Antrage nur für *sein eigenes* Interesse; und man wird einen wirksamen Verzicht darauf an sich nicht für unzulässig erachten können, wenn nicht der Vertrag mit Rücksicht auf die besonderen Umstände als contra bonos mores geschlossen erscheint. Wird der Verzicht glaubhaft gemacht, so ist damit die Glaubhaftmachung eines jeden Antrags auf Eröffnung berechtigender Forderung erschüttert. Der Anordnung besonderer Ermittelungen darüber im Widerspruchsverfahren treten indeß die hinsichtlich der Feststellung des Antragstellers in Anm. 4 und 6 enthaltenen Erwägungen entgegen.

6) „Erforderlich" sind **fernere Ermittelungen** nur, wenn es noch nöthig ist, dem Gerichte die Ueberzeugung zu verschaffen, daß die nicht anerkannte Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung vorliegt. Hat das Gericht diese Ueberzeugung, so ist eine weitere Beweiserhebung unnöthig. Es soll nur „*die* (etwa) erforderlichen Ermittelungen anordnen"; dagegen sind nicht im Abs. 2 noch unbedingt Ermittelungen für erforderlich erklärt, wenn der Schuldner nicht einräumt. A.M. Völderndorf zu i. — Andererseits ist nicht e contrario zu schließen, daß, falls der Schuldner Zahlungseinstellung oder Unfähigkeit einräumt, das Gericht keine weiteren Ermittelungen anordnen darf. Der Gegensatz bedeutet nur, daß das Gericht dann keine *Pflicht* dazu hat und bei sofortiger K.Eröffnung keine Verantwortung dafür trägt. Dagegen ist der Grundsatz, daß das Gericht von Amtswegen Ermittelungen anstellen kann, § 75, nicht aufgehoben. Es braucht durch das Zugeständniß nicht überzeugt zu sein und *kann* auch dann Beweiserhebung veranlassen. Für die Statthaftigkeit der Prüfung des Zugeständnisses des G.Schuldners gelten hier dieselben Grundsätze, wie für einen Antrag des G.Schuldners. Die K.Eröffnung unterliegt nicht der Verfügung der Betheiligten; ein Anerkenntniß gemäß C.P.O. § 307 ist nicht in Frage. Das Einräumen und die daraus für die Voraussetzung des § 102 zu ziehende Folgerung unterliegen der richterlichen Thatsachenwürdigung in den Grenzen der C.P.O. § 294, um festzustellen, ob die Glaubhaftigkeit als Voraussetzung eines zulässigen Antrags vorliegt. Vgl. Hullmann, Stieglitz, Wengler, Meisner, Willenbücher zu § 105; Oetker 1, 88. A.M. Hullmann S. 982, 983; Petersen-Kleinfeller, Sarwey-Bossert, Völderndorff zu § 105, Fitting § 35 zu III.; Endemann S. 79. Die Meinungsverschiedenheit hat praktisch keine erhebliche Bedeutung, da im Falle des Anerkenntnisses der Zahlungsunfähigkeit durch den G.Schuldner nach Glaubhaftmachung durch den antragstellenden Gläubiger nur bei besonderen Umständen ein Anlaß zu ferneren Ermittelungen vorliegen wird.

7) *Abs.* 3. **Eine öffentliche Zustellung** oder eine Zustellung im Auslande können nur dann erforderlich werden, wenn der Schuldner im Inlande keine bekannte Wohnung hat, in der die Zustellung auch dann erfolgen kann, wenn der Aufenthalt unbekannt ist, C.P.O. § 181; das Geschäftslokal steht der Wohnung gleich, C.P.O. § 183. Hat der Schuldner einen bekannten Aufenthalt in Deutschland, so muß er jedenfalls gehört werden, bevor der Konkurs eröffnet werden darf.

8) Wieweit die **Zuziehung eines Vertreters** oder eines Angehörigen des Schuldners thunlich, ist lediglich dem Ermessen des Gerichts nach den Umständen überlassen. Sie ist

Digitized by Google

in keinem Falle unumgänglich nothwendig, namentlich dann zu vermeiden, wenn am Orte des K.Gerichts ein Vertreter oder Angehöriger des Schuldners nicht gegenwärtig ist. Der Begriff eines Vertreters umfaßt nach Sinn und Zweck der Vorschrift im allgemeinsten Sinne Alle, die an seiner Stelle Auskunft über seine Zahlungsfähigkeit und seine Vermögensverhältnisse geben können, wenngleich sie seine Rechte nicht vertreten können. Dies ergiebt schon die Gleichstellung mit den Angehörigen. Der Begriff der „Angehörigen" hat aus gleicher Rücksicht auf den Zweck mehr eine thatsächliche, auf alle zum Hausstande oder zur Familie des G.Schuldners Gehörigen sich beziehende, als eine juristische Bedeutung.

9) **Die Zurücknahme des Antrags auf Konkurseröffnung,** an und für sich zulässig (vgl. Anm. 1 zu § 103), ist nur statthaft bevor die Eröffnung beschlossen ist. Mit der K.Eröffnung treten für alle (bekannten und unbekannten) Betheiligten die K.Wirkungen ein und es wird die Zurücknahme ohne Zustimmung Aller unthunlich (§§ 3, 6, 110). Auf die Zurücknahme finden die Vorschriften der C.P.O. § 271 über die Zurücknahme einer Klage zwar eine „entsprechende" Anwendung hinsichtlich des Eintritts der Folge (wie wenn ein Antrag nicht gestellt wäre) und der Verpflichtung zur Kostentragung, § 271 Abs. 2, 3. Dagegen sind sie für die Formen und Zeiten der Zurücknahme mit Rücksicht auf die Verschiedenheit des Verfahrens, des Zweckes und der Voraussetzungen nicht anwendbar. Als Form der Zurücknahme ist unter Berücksichtigung, daß amtsgerichtliches Verfahren, also ohne Anwaltszwang, stattfindet, und daß das Eröffnungsverfahren nicht ein ordentlicher Civilprozeß ist, vielmehr der Antragsteller mehr dem Gerichte als einem bestimmten Parteigegner gegenübersteht und die Voraussetzungen nachzuweisen hat, die gleiche Form, wie für den Antrag selbst als genügend anzusehen. Die Form eines dem Gegner zuzustellenden Schriftsatzes (C.P.O. § 271) ist für die Zurücknahme des G.Schuldners ohnehin unmöglich; und setzt für alle Fälle eine schon an den Gegner erfolgte Klagezustellung voraus. — Ebenso ist die Vorschrift der C.P.O. § 271 Abs. 1, daß die Klage nach dem Beginne der „mündlichen" Verhandlung nur mit Bewilligung des Gegners zurückgenommen werden kann, nicht analog anwendbar. (A.M. Völderndorff zu f.) Der hierfür im Civilprozesse maßgebende Grund, daß der Gegner eine rechtskräftige Entscheidung über den Klagegrund verlangen kann, fällt für den Antrag des Gläubigers auf K.Eröffnung fort.

10) **Die Abweisung des Eröffnungsantrags** wirkt nicht objektiv gegen alle Gläubiger oder gegen den Schuldner. Selbst der abgewiesene Gläubiger kann einen neuen Antrag mit besserer Begründung stellen. Jede Abweisung eines Antrags auf K.Eröffnung ist ohnehin der Natur der Sache gemäß nur eine Abweisung zur Zeit. In einem weiteren Umfange ist die Abweisung nicht der Rechtskraft im Sinne der C.P.O. § 322 fähig. Die Wirkungen der Rechtskraft einer abweisenden Entscheidung über den Eröffnungsantrag beschränken sich darauf, daß der einzelne abgewiesene Antrag erledigt ist und keine Folgen hat. Vgl. Anm. 7 zu § 106 Abs. 2 und zu § 116. Anm. zu § 142. Ist der Antrag auf Eröffnung zurückgenommen, so muß ein anderer Gläubiger, der den Antrag aufnehmen will, dem § 105 vollständig genügen.

§ 106. (98.)

Das Gericht kann die zwangsweise Vorführung und die Haft des Schuldners anordnen. Dasselbe kann alle zur Sicherung der Masse dienenden einstweiligen Anordnungen treffen. Es kann insbesondere ein allgemeines Veräußerungsverbot an den Schuldner erlassen.

Bei der Abweisung des Eröffnungsantrags sind die angeordneten Sicherheitsmaßregeln aufzuheben.

E. I. 105. P. 137. K O.N.

1. Zeit der Anordnungen.
2. Vorführung und Haft.
3. Einstweilige Anordnungen.
4. Allgemeines Veräußerungsverbot.
5. Erlaß des Verbotes.
6. Wirksamkeit gegen Dritte.
7. Aufhebung der Maßregeln.
8. Kosten.

Digitized by Google

1) **Voraussetzung für den § 106** ist, daß die darnach zulässigen Anordnungen in der Zeit **vor der Beschlußfassung über die Konkurseröffnung** getroffen werden, und daß ein auf K.Eröffnung nach §§ 104, 105 zulässiger Antrag bereits vorliegt. Dies ergiebt sich aus dem Zwecke und der Stellnng des § 106 in diesem Abschnitte über das Eröffnungsverfahren und aus der Bedeutung der §§ 104, 105. Für dies Zwischenstadium ist nur Raum, wenn der Eröffnungsantrag nicht schon sofort zurückzuweisen, aber auch nicht sofort der Konkurs zu eröffnen ist, also zum Antrage des G.Schuldners etwa noch die Einreichung der Verzeichnisse zu erwarten ist oder nach dem Antrage eines Gläubigers noch das fernere Verfahren des § 105 Abs. 2 stattzufinden hat. — Das zuständige „Gericht" kann nur das K.Gericht sein, vor dem allein das hier abgehandelte Eröffnungsverfahren anhängig gemacht werden kann. Ein anderes Gericht könnte, außer auf Ersuchen des K.Gerichts, nur Arreste gemäß der C.P.O. anordnen. — Sämmtliche Anordnungen des § 106 können von Amtswegen auch ohne Anregung getroffen werden.

2) Die zwangsweise **Vorführung** des Schuldners kann sachgemäß nur den Zweck haben, ihn im Vorverfahren zu hören, Anm. 2 zu § 104 und § 105 Abs. 2. Die **Haft** kann als Zwangsmittel zu demselben Zwecke, indeß auch zur Sicherung der Masse oder des Verfahrens, — bei Verdacht der Flucht oder der Beseitigung von Vermögensgegenständen oder Beweismitteln, Handelsbüchern ꝛc., oder unredlicher Handlungen, Kollusionen — angeordnet werden. Abweichend vom § 101 Abs. 2 ist hier die Anhörung des Schuldners vor der Haft nicht vorgeschrieben; im Uebrigen sind für die Anordnung der Haft die Bemerkungen in Anm. 3 zu § 101 auch hier zutreffend.

3) Als **Anordnungen**, zu denen Satz 2 ermächtigt, können alle getroffen werden, **die den Charakter der einstweiligen haben** (a.M. Wolff Abs.R. S. 149), also keine endgültige Aenderung der Rechtsverhältnisse geben, und die „zur Sicherung der Masse", d. h. der K.Masse, falls Konkurs eröffnet wird, gegen Verfügungen des G.Schuldners oder Anderer dienen. Dahin gehören insbesondere Siegelungen, auch die Sequestration eines Grundstücks oder eines Geschäftsbetriebs, Ueberwachung oder einstweilige Verwaltung durch einen Sequester sind dahin zu rechnen, C.P.O. § 938. Die Schließung eines Fabrikbetriebs oder eines Geschäfts würde den Begriff des Einstweiligen überschreiten. Die Einstellung oder ein Verbot von Vollstreckungen sind ebenfalls unzulässig, weil dadurch bereits erworbene Rechte verletzt und über den Zweck der Sicherung der Masse hinausgehend für den Fall demnächstiger Abweisung des Antrags die Rechte der Gläubiger geschädigt werden würden. Mot. 330. A.M. Wolff S. 150. Ueber die Eintragung von Sperrvermerken ins Grundbuch vgl. § 113. — In Betreff der einstweiligen Anordnungen finden C.P.O. §§ 935—945 nur entsprechende Anwendung. Sie sind nicht anwendbar, soweit sie im Gegensatze zum allgemeinen Sicherungszwecke des Konkurses die Regelung eines besonderen Rechtsstreits oder Rechtsverhältnisses voraussetzen. Der Schuldner hat auch kein Recht, durch Sicherheitsleistung die Maßregeln zu beseitigen, da es sich um die Sicherung der Masse für alle Gläubiger handelt und (gegen Völderndorff zu a II.) durch die Sicherung der Forderung eines antragstellenden Gläubigers die Masse für alle Gläubiger nicht gesichert wird. Am wenigsten würde ein Vermögensstück der Masse als Sicherheit zur Abwendung einer Maßregel gegen einen anderen Bestandtheil der Masse dienen können. Indeß ist nicht ausgeschlossen, daß zur Abwendung und an Stelle einer bestimmten Maßregel eine ohne Verwendung der Masse angebotene Kaution als gleichwerthige Sicherheit angenommen wird. Für die Aufhebung überhaupt ist zu berücksichtigen, daß, sofern nicht der ganze Antrag auf K.Eröffnung zurückgenommen ist, das K.Gericht für die einzelnen Sicherungsmaßregeln keines besonderen Antrages bedarf. Die Beseitigung eines auf spezielle Sicherungsmaßregeln gerichteten Antrags unterliegt daher (auch nach C.P.O. § 939) dem Ermessen des Gerichts.

4) **Allgemeines Veräußerungsverbot.** Ein an den Schuldner erlassenes allgemeines Verbot, nichts von der Masse zu veräußern (nach § 73 Abs. 2 dem Schuldner zuzustellen), ist eine der zulässigen Anordnungen „zur Sicherung der Masse" — vgl. „insbesondere" —, also der K.Gläubiger, § 3. Es ist ein im Sinne des B.G.B. §§ 136, 135

Digitized by Google

erlassenes gerichtliches Veräußerungsverbot und hat mithin nur relative Wirkung zu Gunsten der K.Gläubiger, also in dieser Beziehung im Sinne des Ausdrucks: „den K.Gläubigern gegenüber" gemäß §§ 7, 15, 29. Die Wirkung des Verbots ist von vornherein gesetzlich bestimmt. Um es in Kraft treten zu lassen, bedarf es keiner vorgängigen Rechtshandlung des Verwalters oder eines Gläubigers. Gemäß B.G.B. § 135 sind unwirksam alle rechtsgeschäftlichea Verfügungen des G.Schuldners über die den Gegenstand des Verbotes bildende K.Masse, das heißt Rechtshandlungen, durch die ein Vermögensstück weggegeben wird (z. B. durch Veräußerung, Belastung, Erlaß, Aufrechnung). Keine Verfügung dagegen ist die Uebernahme einer Verpflichtung in Bezug auf einen zur Masse gehörigen Gegenstand; der Abschluß von obligatorischen Verträgen ist also durch das Veräußerungsverbot nicht getroffen. Den rechtsgeschäftlichen Verfügungen sind sodann im B.G.B. § 135 Satz 2 in Ansehung der Unwirksamkeit alle im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung vorgenommene Verfügungen gleichgestellt. Die Pfändung einer zur Masse gehörigen Forderung ist, wenn sie nach Erlaß des Veräußerungsverbotes erfolgt, deshalb nicht zur Begründung eines Absonderungsrechtes geeignet, auch wenn schon vor Erlaß des Verbotes eine vorläufige Benachrichtigung an den Drittschuldner vorangegangen war. RG. 42, 396, vgl. 26, 427.

5) Der Erlaß des Verbotes erfolgt durch Zustellung an den G.Schuldner, da es an ihn zu richten ist. Diese besondere Zustellung wird gemäß § 76 durch die öffentliche Bekanntmachung ersetzt. Ob eine solche zu erfolgen hat, entscheidet mangels gesetzlicher Bestimmung der Richter. Die Veröffentlichung kann zu den zur Sicherung der Masse erforderlichen Maßregeln gehören, weil sie die Kenntniß von dem Verbote zu verbreiten geeignet ist und von der Kenntniß die Wirksamkeit des Verbots Dritten gegenüber abhängen kann (Anm. 6). Eine besondere Rechtswirkung kraft Gesetzes hat die Veröffentlichung nicht.

6) Für die Wirksamkeit des Verbots gegen Dritte ist zwischen rechtsgeschäftlichen Verfügungen und solchen, die durch Zwangsvollstreckung oder Arrestvollzug vorgenommen sind, zu unterscheiden. Nach B.G.B. § 135 Abs. 2 finden für den Dritten, zu dessen Gunsten gegen das Verbot verfügt worden ist, die Vorschriften zu Gunsten derer, die ein Recht von einem Nichtberechtigten ableiten, entsprechende Anwendung. Diese Vorschriften sind besonders im B.G.B. §§ 407, 892, 893, 932, 936, 1032, 1138, 1155, 1207, 1208, 1244 enthalten. In ihnen wird der gute Glaube des Dritten geschützt; die entsprechende Anwendung auf das Veräußerungsverbot ergiebt, daß nur, wenn der Dritte das Verbot kennt oder, soweit neben der Kenntniß auch die fahrlässige Unkenntniß schadet, aus Fahrlässigkeit nicht kennt, sein Erwerb von dem G.Schuldner oder seine Leistung an den G.Schuldner unwirksam sind. Daß auch die Zahlung des Dritten an den G.Schuldner geschützt ist, wenn sie im guten Glauben erfolgt, ergiebt die Analogie der Vorschrift des B.G.B. § 407, wonach die Zahlung, die der Schuldner nach erfolgter, aber dem Schuldner nicht bekannt gewordener Abtretung der Forderung an den früheren Gläubiger geleistet hat, von dem neuen Gläubiger anerkannt werden muß. Anders freilich, aber nicht richtig die Motive zum 1. Entwurf Bd. I S. 214. Vgl. Planck Anm. 5 zu § 135.

Keine von diesen entsprechend anwendbaren Schutzvorschriften aber gilt für den Erwerb durch Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung. Nur durch C.P.O. § 898 ist die entsprechende Anwendung für denjenigen Erwerb vorgeschrieben, der sich durch eine auf Grund rechtskräftiger Verurtheilung als abgegeben geltende Willenserklärung oder durch die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgende Wegnahme einer beweglichen Sache vollzieht, an der das Eigenthum übertragen oder ein Recht bestellt werden soll, C.P.O. §§ 894, 897. Im Uebrigen schützt der gute Glaube bei der Zwangsvollstreckung nicht; jede Vollstreckungsmaßregel ist selbst dann dem K.Gläubiger gegenüber unwirksam, wenn der Dritte von dem Veräußerungsverbote nichts wußte. Es ist aus diesem Grunde durch die K.O.N. die früher im § 106 enthaltene Bestimmung gestrichen, die in Bezug auf den Erwerb von Grundstücken und von Rechten an Grundstücken einen Unterschied für die Fälle eines bekannt gemachten und eines nicht bekannt gemachten Veräußerungsverbotes anordnete.

Digitized by Google

7) **Die Aufhebung der Sicherheitsmaßregeln** kann schon vor der Entscheidung über den Eröffnungsantrag erfolgen, wenn die sie begründenden Momente fortgefallen sind oder sich als nicht stichhaltig oder als unerweislich gezeigt haben. Der Anordnung, die ohnehin vom Ermessen des Gerichts abhängt, ist nicht der Charakter der Unabänderlichkeit verliehen. Arg. C.P.O. §§ 936, 927. Völderndorff, Petersen-Kleinfeller, Stieglitz zu § 106; Fitting § 35 zu IV.

Die Aufhebung muß bei der Abweisung des Antrags, also gleichzeitig damit sofort und ohne Antrag erfolgen, die Abweisung mag vom K.Gerichte oder erst auf Beschwerde entschieden sein. Prot. 162. Eine gegen die Abweisung eingelegte sofortige Beschwerde (§ 109) hemmt die mit der Abweisung als Vollziehungsmaßregel verbundene Aufhebung nicht. Da diese nach Abs. 2 schon erfolgt sein muß, wenn eine sofortige Beschwerde eingelegt wird, so kommt weder § 74 in Betracht, noch ist auch eine sonst nach C.P.O. § 572 Abs. 2, 3 zulässige „Aussetzung" der Vollziehung thunlich, sofern thatsächlich nach Abs. 2 verfahren ist. A.M Stieglitz Anm. II, Petersen-Kleinfeller Anm. 10, Sarwey-Bossert Anm. 6, Meisner u. Wengler zu § 106, Fitting § 35 Anm. 26. Das Beschwerdegericht kann aber nach § 572 Abs. 3 zum Zwecke der Hemmung der Ausführung entsprechende „einstweilige Anordnungen" erlassen. Die Voraussetzungen des § 572 Abs. 3 sind (gegen Oetker I, 115 ff.) vorhanden, wenn die Beschwerde gegen den Beschluß Abs. 2 gerichtet ist, als dessen Folge die Aufhebung der Maßregeln bestimmt ist.

8) „Die durch die Maßregeln herbeigeführten **Kosten** gehören zu den Kosten des Eröffnungsverfahrens, welche dem abgewiesenen Antragsteller zur Last fallen." Für den Fall der Eröffnung sind sie Massekosten, § 58. Mot. 331. Durch eine zulässige Zurücknahme des Antrags werden die Maßregeln bei ihrem bedingten Charakter beseitigt, Prot. 162; sie sind, soweit es der Mitwirkung des Gerichts bedarf, aufzuheben.

§ 107. (99.)

Die Abweisung des Eröffnungsantrags kann erfolgen, wenn nach dem Ermessen des Gerichts eine den Kosten des Verfahrens entsprechende Konkursmasse nicht vorhanden ist. Die Abweisung unterbleibt, wenn ein zur Deckung der in § 58 Nr. 1, 2 bezeichneten Massekosten ausreichender Geldbetrag vorgeschossen wird.

Das Gericht hat ein Verzeichniß derjenigen Schuldner zu führen, bezüglich deren der Eröffnungsantrag auf Grund der Vorschrift des Abs. 1 Satz 1 abgewiesen worden ist. Die Einsicht des Verzeichnisses ist Jedem gestattet. Nach dem Ablaufe von fünf Jahren seit der Abweisung des Eröffnungsantrags ist die Eintragung in dem Verzeichnisse dadurch zu löschen, daß der Name unkenntlich gemacht wird.

E. I. 103. P. 306. 339. K.O.N.

1 Ermessen des Gerichts.
2. Vorschußzahlung.
3. Verzeichniß konkursunfähiger Schuldner.

1) **Das Ermessen des Gerichts** ist insoweit selbstverständlich beschränkt, daß Gegenstände, die nach §§ 1, 2 gesetzlich nicht zur K.Masse gehören würden, nicht, alle anderen aber mit zu berechnen sind; die mit Absonderungsrechten belasteten, soweit sie einen Ueberschuß erwarten lassen. RG. 23. Febr. 1897, JW. S. 188 f. Das Gericht kann die Möglichkeit berücksichtigen, durch Anfechtungen Objekte zu beschaffen, da solche Ansprüche ebenfalls Ansprüche der K.Masse sind. Mot. 331, 332. Vgl. Puchelt, Busch 3, 9 ff. — Eine mündliche Verhandlung ist nach § 73 Abs. 1 auch zur Abweisung nach § 107 nicht erforderlich. Anm. 1 zu § 104. — Für den Konkurs der Genossenschaften ist § 107 ausgeschlossen, Ges. v. 1. Mai 1889, 20. Mai 1898 § 100 Abs. 3, § 140.

Digitized by Google

2) Schon nach der alten Fassung der KO. war es sachgemäß, besonders mit Rücksicht auf Anfechtungsprozesse und die durch sie herbeizuschaffenden Werthe, das Anerbieten des antragstellenden Gläubigers zu berücksichtigen, daß er die nöthigen Vorschüsse zur Durchführung solcher Ansprüche leisten wolle. Vgl. Cosack S. 34. Die K.O.N. hat den in der Praxis geübten Grundsatz zum Gesetz erhoben und dahin erweitert, daß bei Eingang des Vorschusses die Abrechnung unterbleiben muß und daß der Vorschuß von jedem Interessenten eingezahlt werden kann. Der Umfang des Vorschusses ist durch Hinweis auf die Massekosten des § 58 Nr. 1, 2 festgelegt, wobei es dem Ermessen des Gerichts überlassen bleibt, wie hoch es die für die Verwaltung, Verwerthung und Vertheilung der Masse nöthigen Ausgaben schätzt. Wegen dieser Schätzung steht dem Antragsteller die Beschwerde zu, die sich als Beschwerde über die Abweisung des Eröffnungsantrags darstellt. Für die Gerichtskosten kommen Gerichtskostengesetz §§ 53, 82 zur Anwendung. Die sich hiernach ergebende $^3/_{10}$ Gebühr muß unter allen Umständen bezahlt werden.

3) Durch Abs. 3 ist ein vom „Gericht" zu führendes **Verzeichniß von Schuldnern angeordnet, über deren Vermögen wegen Mangels an Masse der Konkurs nicht eröffnet werden kann.** Es entspricht dem in C.P.O. § 915 vorgesehenen Verzeichniß der Schuldner, die den Offenbarungseid geleistet haben und ist wie dieses mit der Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs begründet. Mot. zur K.O.N. S. 39, zur C.P.O N. S. 189. Das öffentliche Interesse verlangt, daß Jedem die Einsicht des Verzeichnisses offen steht; dabei kann sich natürlich der Einsehende schriftliche Auszüge machen, Abschriften entnehmen. — Die Eintragung in das Register soll nach 5 Jahren wieder gelöscht werden. Die Bestimmung ist wörtlich der der C.P.O. § 915 nachgebildet, dort hatte sie den Sinn, daß mit Ablauf dieser Zeit von Neuem die Pflicht zur Leistung des Offenbarungseids entstanden ist. In der K.O ist der Grund der Löschung der, daß sich der schlechte Vermögensstand des Schuldners im Laufe der Jahre ändern könne, und daß dieser deshalb nicht dauernd zu den konkursunfähigen Schuldnern gerechnet werden dürfe. Dabei ist die Bemessung der Frist willkürlich. Die Austilgung des Namens soll eine Wiederherstellung des guten Namens sein. — Das Gericht, bei dem die Liste zu führen ist, ist in Ermangelung besonderer Bestimmung das Konkursgericht.

§ 108. (100.)

Der Eröffnungsbeschluß hat die Stunde der Eröffnung anzugeben.

Ist dies versäumt worden, so gilt als Zeitpunkt der Eröffnung die Mittagsstunde des Tages, an welchem der Beschluß erlassen ist.

E. I. 104. 110. P. 119. 121 K. 326. 328.

1. Wirkung des Eröffnungsbeschlusses.
2. Form des Eröffnungsbeschlusses.
3. Zeitpunkt der Eröffnung.
4. Beschwerde gegen die Feststellung des Zeitpunkts.
5. Fiktion des Abs. 2.

1) **Der Eröffnungsbeschluß** ist der Gründungsakt für den Konkurs. **Er enthält materiell** die Feststellung des K.Zustandes des G.Schuldners und der daraus folgenden Wirkungen für alle Betheiligten, insbesondere also des Rechts der K.Gläubiger auf die Durchführung des K.Verfahrens. Während die Verneinung dieser Feststellung in der Zurückweisung eines Eröffnungsantrages einem anderweiten Antrage nicht präjudizirt, Anm. 10 zu § 105, so wirkt die Eröffnung, wenn beschlossen, mit einheitlicher Wirkung für alle Betheiligten und kann auch nur mit Rücksicht auf diese einheitliche Wirkung in der Beschwerdeinstanz des Eröffnungsverfahrens behandelt werden. Ein Verhältniß, worin einzelnen Betheiligten gegenüber Konkurs bestände, dagegen Anderen gegenüber nicht, ist dem Wesen des K.Anspruchs, der par conditio creditorum, begrifflich widersprechend und würde praktisch nicht durchführbar sein. Hieraus ergiebt sich eine dem § 62 C.P.O. entsprechende prozessualische Stellung mehrerer antragstellender Gläubiger im Eröffnungsverfahren.

Der Ausspruch bestimmt und wirkt als Entscheidung über das Recht der K.Gläubiger auf K.Eröffnung und über dessen praktische Ausführung durch das K.Verfahren. Er

Digitized by Google

wirkt deshalb nicht bloß prinzipiell, wie die Entscheidung eines Feststellungsprozesses im Sinne der CPO. § 256, sondern ist außer dieser allerdings ebenfalls darin enthaltenen grundsätzlichen Feststellung eine Entscheidung, die sofort ausgeführt und entsprechend vollstreckt werden kann, ohne daß noch eine auf Leistung gerichtete Entscheidung bemerkbar gemacht zu werden braucht. Während im Uebrigen die Ausführung durch die Vorschriften über das K.Verfahren geregelt ist, wirkt der Beschluß insbesondere gegenüber dem G.-schuldner zufolge der Vollstreckungsvorschrift der C.P.O. § 794 Nr. 3 als eine durch Beschwerde anfechtbare Entscheidung mit der unmittelbaren Kraft eines Vollstreckungstitels für die Uebertragung des Besitzes und der Verwaltung der K.Masse an den Verwalter gemäß §§ 6, 117, vgl. Anm. 1 zu § 117. Wird der Eröffnungsbeschluß rechtskräftig, so heilt er, entsprechend der Rechtskraft des Urtheils im Civilprozesse die Mängel in den Voraussetzungen und Bedingungen. Oetker I, 50, 84.

2) Als Form des Eröffnungsbeschlusses ist durch dessen Bezeichnung als Beschluß die civilprozeßordnungsmäßige Form des Beschlusses gegeben und die Form des Urtheils (C.P.O. § 313) dadurch für unnöthig erklärt. Die Beifügung von Thatbestand und Gründen ist demnach nicht erforderlich. Die Zustellung (§ 73) erfolgt durch öffentliche Bekanntmachung oder besondere Zustellung, wie im § 111 vorgeschrieben, mit der Wirkung, daß die öffentliche Bekanntmachung nach § 76 Abs. 3 auch als Zustellung für die antragstellenden Gläubiger und den G.Schuldner wirkt. Die nach § 111 bekannt zu machende „Formel" des Beschlusses ist dessen Tenor: „über das Vermögen des N. ist am 1. Februar 1904 Vormittags 11 Uhr der Konkurs eröffnet."

3) Die sämmtlichen Wirkungen des K.Verfahrens beginnen mit dem Zeitpunkte der Eröffnung und setzen ihn für das Maß der Rechte und Pflichten der Betheiligten voraus. Deshalb ist dessen genaue Feststellung wichtig. Vgl. § 7 Abs. 3. Natürlich soll nur der wirkliche Zeitpunkt, in dem die Eröffnung erfolgt ist, „angegeben" werden. Es handelt sich „hierbei nicht um eine richterliche Entscheidung, sondern um eine Beurkundung". Mot. 332. In den Mot. ist ferner bemerkt: „die Eröffnung fällt mit dem Augenblicke der Verkündung des Urtheils zusammen, da erst durch die Verkündung der Beschluß bindende Kraft erhält." Mot. 332. Indeß ist dieser Satz wörtlich aus den Mot. zum Entw. I. (Bd. 2 S. 55) abgeschrieben, in dem eine mündliche Verhandlung und die Verkündung für das Eröffnungsverfahren in Aussicht genommen war. Für das anders konstruirte Eröffnungsverfahren der K.O., worin eine Verkündung zwar zulässig, aber nicht geboten ist und nicht die Regel sein wird, ist der Satz nicht mehr zutreffend. Vgl. Anm. 1 zu § 104. Maßgebend ist nach § 108 für den Zeitpunkt der Eröffnung, welche Stunde der Eröffnung im Beschlusse angegeben ist (Abs. 1), oder wenn dies nicht geschehen ist, die Mittagsstunde des Tages, an dem der Beschluß erlassen ist, Abs. 2. Daß als Zeitpunkt der Eröffnung nicht erst die Zeit der Bekanntmachung, § 111 oder einer Zustellung des Beschlusses an den Antragsteller eine Bedeutung haben soll, folgt schon daraus, daß im Beschlusse auch die Stunde der Eröffnung schon zu beurkunden ist, während die Stunde einer Zustellung oder Bekanntmachung nicht im Voraus zu bestimmen ist. Dadurch indeß, daß das Gericht, also der Amtsrichter, die Eröffnung bei sich beschließt, oder niederschreibt, oder auch durch den Gerichtsschreiber niederschreiben läßt (wenn er etwa darauf das Geschriebene in seine Tasche steckt oder in sein Pult legt), ist der Beschluß noch nicht „erlassen", sondern bleibt so lange noch ein Entwurf, ein abänderliches Interimum des Gerichts. Erlassen (d. h. herauslassen, vgl. sprachlich: Erlaß, proclama) ist der Beschluß, wenn vom Gerichte die Ausführung angeordnet oder dem Gerichtsschreiber übertragen, also als auszuführende Aeußerung des Gerichts bemerklich gemacht ist. Die Stunde dieser Anordnung ist daher im Beschlusse als Stunde der Eröffnung zu bezeichnen. Die einer solchen Anordnung, also dem Erlassen des Beschlusses im Sinne des § 108, etwa nachfolgende Verkündung, Zustellung oder Bekanntmachung ändert nichts daran, daß und wann der Beschluß im Sinne des § 108 erlassen ist. Sofern eine nicht schon vorher getroffene Anordnung vom Gerichte erst dadurch ins Leben gesetzt wird, daß es sie verkündet, was in den seltenen Fällen geschehen kann, wenn die Eröffnung nach Verhand-

Digitized by Google

lung der Parteien erfolgt: so besteht in dieser Verkündung eben die Aeußerung des Gerichts, die seinen Entschluß zum Erlassen eines Beschlusses macht. — Daß zur Wirksamkeit nach außen eine Verkündung oder Zustellung erforderlich ist, bis dahin der Beschluß noch vom Gerichte widerrufen werden kann und in diesem Sinne der Beschluß erst durch Zustellung oder Verkündung wirksam wird, ist für die Bestimmung des Zeitpunkts der Eröffnung nach § 108, für den die Wirksamkeit eintreten soll, unerheblich. — Der entscheidende Moment für das Erlassen des Beschlusses ist von den Kommentatoren sehr verschieden bezeichnet. Im Wesentlichen stimmen mit Vorstehendem überein Fitting, Busch 10, 5 Anm. 14; vgl. § 36; Völderndorff zu b; Stieglitz Anm. 1; Sarwey-Bossert Anm. 2; Jäger Anm. 2; Endemann S. 90 ff. Dagegen erklären Fuchs § 23, IV., 2 u. Wengler Anm. 2, den Mot. folgend, die Verkündung für maßgebend; Hullmann Anm. 1 die Verkündung, und wenn eine solche nicht erfolgt ist, ein Existentwerden des Beschlusses nach außen, nicht schon die bloße schriftliche Abfassung; die „Aushändigung des abgefaßten und unterschriebenen Beschlusses" durch den Richter „zum Zwecke der Zustellung" scheint bei ihm nur ein Beispiel des Existentwerdens nach außen sein zu sollen. Petersen-Kleinfeller Anm. 1 erklären die schriftliche Abfassung und Unterschrift des Richters für erforderlich und genügend. Oetker, Konk.Fr. S. 2—29 u. Grundbegr. 1, 76 ff. erklärt die Verkündung oder Zustellung an die Betheiligten, Antragsteller und G.Schuldner für nöthig und maßgebend, und kommt, wenn Zustellung nöthig, zu dem, dem § 108 widersprechenden Resultate, daß die Stunde vorzudatiren sei, während nach § 108 die Stunde der erfolgten Eröffnung, des Erlasses des Beschlusses, maßgebend ist. Für diese Bestimmung ist es ohne Gewicht, daß der Begriff des Erlasses im § 108 ein „uneigentlicher" gegenüber den allgemeinen Begriffen des Erlasses und des Beschlusses sei. Allerdings setzt die Wirksamkeit des Beschlusses voraus, daß er verkündet oder zugestellt, also im allgemeinen Sinne des Erlassens von Gesetzen, Urtheilen und Beschlüssen nach außen bekundet ist; hieraus folgt aber nur, daß er bis dahin vom Gerichte noch geändert werden kann. Vgl. Bierhaus, Busch 14, 281, 282; Kohler S. 539.

4) Die Angabe des Beschlusses über die Zeit der Eröffnung ist dadurch, daß die Zeit nicht angeordnet, sondern beurkundet wird, der Anfechtung durch die Beschwerde nicht entzogen. Die Beurkundung selbst gehört zu den, in der C.P.O. § 418 bezeichneten Urkunden, gegen deren Inhalt der Beweis der Unrichtigkeit zulässig ist. Der Richter, der am Abend die Eröffnung angeordnet hat (wovon immer noch das Vorbereiten eines Entwurfs für eine Tags darauf vorbehaltene Anordnung zu unterscheiden bleibt), darf weder eine frühere Stunde des Tages noch einen späteren Tag als Zeit der Eröffnung angeben. Die Angabe der Zeit bildet nach Abs. 1 einen Theil des Beschlusses und § 109 schließt die Beschwerde gegen diesen Theil nicht aus. Wengler Anm. 3, Petersen-Kleinfeller Anm. 2; Sarwey-Bossert Anm. 2; a.M. Jäger Anm. 3; Völderndorff zu b; Oetker, Konk.-Fr. S. 29, 30; Grundbegr. 1, 81; Endemann S. 93.

5) Der Abs. 2 stellt behufs unzweifelhafter Feststellung der Zeit „eine Fiktion auf, gegen die ein Gegenbeweis nicht zulässig ist." Mot. 333. Die Mittagsstunde gilt indeß nebst dem gesammten Beschlusse nur dann, wenn und soweit der Eröffnungsbeschluß selbst wirksam ist und bleibt, also unbedingt nur mit dessen Rechtskraft. Dagegen steht dem G.Schuldner, wie gegen den Beschluß selbst, so auch gegen das Versäumen der richtigen Zeitangabe darin die sofortige Beschwerde (§ 109) zu. Vgl. vorst. Anm. 4.

§ 109. (101.)

Die sofortige Beschwerde steht gegen den Eröffnungsbeschluß nur dem Gemeinschuldner, gegen den abweisenden Beschluß nur demjenigen zu, welcher den Eröffnungsantrag gestellt hat.

P. I. 111 P. 124. 330.

1. Beschwerde. Prozessuales.
2. Beschwerdeberechtigte.
3. Wirkung der Beschwerdeeinlegung.
4. Wirkung des Beschwerdebeschlusses.

Digitized by Google

1) **Die Beschwerde. Prozessuales.** Ueber die Beschwerde entscheidet das Landgericht. Zu beachten ist die Zulässigkeit der weiteren Beschwerde gegen den Beschluß des Beschwerdegerichts, wenn darin ein neuer „selbständiger Beschwerdegrund" enthalten ist. C.P.O. § 568. Vgl. darüber Anm. 6—8 zu § 73. Wird auf die Beschwerde der Beschluß des K.Gerichts abgeändert, so ist für den andern Theil (G.Schuldner, Antragsteller) der nunmehrige entgegengesetzte Beschluß ein „neuer" Beschwerdegrund, die Begründung der Beschwerde vorausgesetzt. Ist die Beschwerde mit Unrecht als unzulässig abgewiesen, so ist dagegen weitere Beschwerde zulässig, RG 14, 387; 15, 431. — Eine auf Grund eines zweiten Antrags erfolgte K.Eröffnung erledigt die Beschwerde über die Ablehnung des ersten Antrags in der Hauptsache; über die Kosten ist dann noch zu entscheiden, je nachdem die Beschwerde, wenn nicht erledigt, begründet sein würde oder nicht, C.P.O. § 91.

2) **Beschwerdeberechtigt** ist für den Fall des Eröffnungsbeschlusses nur der G.-Schuldner, kein Gläubiger, für den Fall der Abweisung des Antrags auf Eröffnung der Antragsteller, der ein Gläubiger oder der G.Schuldner sein kann. Bei der weiteren Beschwerde ist es ebenso, der angefochtene Beschluß ist dann der des Landgerichts, so daß gegen die erste Beschwerde die Rolle des Antragstellers gewechselt haben kann: war erst auf die Beschwerde die Eröffnung beschlossen, so ist nur der G.Schuldner berechtigt, sich weiter zu beschweren, war vom Landgericht der Eröffnungsbeschluß auf Beschwerde des G.Schuldners aufgehoben, so hat nur der Antragsteller die weitere Beschwerde. — Keine Beschwerde über die Eröffnung ist gegeben, wenn auf Antrag des G.Schuldners das Verfahren eröffnet ist. Der G.Schuldner hat dann sachlich keine Beschwerde, weil er durch den Beschluß nicht verletzt ist. Indeß steht ihm die Beschwerde darüber zu, daß ein Antrag als von ihm gestellt berücksichtigt ist, der überhaupt nicht von ihm oder einem legitimirten Vertreter gestellt war oder daß sein Antrag vor der Eröffnung zurückgenommen war, also zur Zeit der Eröffnung kein zulässiger Antrag vorlag, § 103 Abs. 1; desgleichen betreffs der Zeit der Eröffnung, Anm. 3 § 108.

Als beschwerdeberechtigter G.Schuldner ist, wie als antragsberechtigter auch jeder gesetzliche Vertreter anzusehen. Die Beschwerde ist überhaupt ausgeschlossen, wenn über das Vermögen einer Versicherungsgesellschaft auf Aktien oder eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit auf Antrag der Aufsichtsbehörde der Konkurs eröffnet worden ist. Ges. über die private Versicherungsunternehmungen v. 12. Mai 1901 § 68 Abs. 1. Doch kann auch hier eine Beschwerde darauf gestützt werden, daß ein Antrag der Aufsichtsbehörde nicht vorgelegen habe, wogegen die Aufhebung des Beschlusses der Aufsichtsbehörde nur im Wege des Rekurses erlangt werden kann und zur Einstellung des K.Verfahrens führt, §§ 74, 75 ebenda.

3) Eine **Wirkung der Beschwerdeeinlegung** giebt es nicht. Fraglich könne sein, ob, wenn auf Antrag eines Gläubigers die K.Eröffnung beschlossen und gegen den Beschluß rechtzeitig vom G.Schuldner Beschwerde erhoben ist, der Antragsteller vor dem Beschlusse des Beschwerdegerichts wirksam noch den Antrag zurücknehmen kann. Dafür ist geltend gemacht: der Grundsatz des § 103 Abs. 1, daß ein Antrag nöthig sei, setze einen noch zur Zeit der rechtskräftigen Entscheidung über die Eröffnung vorliegenden Antrag voraus, dies werde durch die Bemerkung von Hagens in der R.K. bestätigt: der Fall liege nicht anders, wie eine Zurücknahme vor dem Beschlusse. Prot. S. 162; Wengler Anm. 2. Die Frage ist jedoch zu verneinen. Die Wirkungen der Eröffnung treten mit der Eröffnung für alle Gläubiger ein. Dadurch, daß ein Gläubiger berechtigt erklärt ist, im Interesse aller Gläubiger die Eröffnung zu beantragen, ist ihm nicht zugleich das Recht gegeben, die Eröffnung, nachdem sie wirksam erfolgt ist, gegen das Interesse der anderen Gläubiger und ohne deren Zustimmung ungeschehen zu machen. Dem § 103 ist genügt, wenn zur Zeit des Eröffnungsbeschlusses ein Antrag vorliegt; gegen den Beschluß steht (dem antragstellenden Gläubiger oder einem Andern) wie nach § 109 kein Beschwerderecht, so noch weniger ein Verfügungsrecht über den Konkurszustand des G.Schuldners zu; die Aufhebung kann vielmehr nach den positiven Vorschriften der §§ 116, 163, 190, 202 nur auf Beschwerde des G.Schuldners oder aus einem der konkursordnungsmäßigen Aufhebungs-

Digitized by Google

gründe erfolgen und die Beschwerde des G.Schuldners kann sich nicht auf eine Einwilligung des Antragstellers gründen. Vgl. Anm. 9 zu § 105 und Sarwey-Boffert Anm. 4 zu § 103.

4) **Die Wirkungen des Beschwerdebeschlusses** sind von dessen Rechtskraft oder der besonderen Anordnung des Gerichts (§ 74) abhängig. Wird der Eröffnungsbeschluß aufgehoben, so werden damit alle Rechtsfolgen der K.Eröffnung rückgängig gemacht. Die Wichtigste davon ist die Rückgewähr der K.Masse in die freie Verfügung des G.Schuldners. Die Masse kann indeß in Folge der Eröffnung geändert sein. Die Thatsache, daß ein Konkurs eröffnet war und dessen Wirkungen, also die Verfügungsgewalt des Verwalters und die Möglichkeit der Kontrahirung von Masseschulden eingetreten waren, können nicht als nicht geschehen gelten; die vom Verwalter insbesondere beim Fortbetriebe eines Geschäfts für den G.Schuldner eingegangenen Rechtsgeschäfte sind nicht unwirksam. Für das Verhältniß zwischen dem K.Verwalter, dessen Mitkontrahenten und dem Schuldner ist entscheidend, daß die vom Verwalter kontrahirten Masseschulden für den G.Schuldner als seine Schulden verbindlich sind, Vorb. vor § 57 vgl. auch die Analogie von B.G.B. § 115 Abs. 1 Satz 2. Dem Verwalter ist in diesem Falle durch § 116 Satz 2, § 191 die Pflicht auferlegt, die Masseansprüche zu berichtigen und, soweit sie bestritten sind, sicher zu stellen. Vgl. Anm. 3 zu § 116. Der G Schuldner muß sich damit begnügen, die so veränderte Masse zurückzuerhalten. Ordnet das Beschwerdegericht schon vor Rechtskraft des von ihm erlassenen Aufhebungsbeschlusses dessen Wirksamkeit an (§ 74), so kann sich diese Anordnung ebensowohl auf einzelne Maßregeln erstrecken wie auf alle gesetzlich mit der Rechtskraft eintretenden Wirkungen. — Wird in Abänderung des die Eröffnung ablehnenden Beschlusses die K.Eröffnung beschlossen, so kann das Beschwerdegericht entweder dem K.Gericht die Eröffnung überlassen oder auch selbst den Konkurs eröffnen und die dabei nach § 110 zutreffenden weiteren Maßregeln selbst treffen oder, was allein zweckmäßig, dem K.Gericht übertragen, vgl. C.P.O. § 575, der einer solchen Theilung des Beschlusses nicht entgegensteht. Nach der Bedeutung der K.Eröffnung erscheint es in allen Fällen geboten, deren Wirkung sofort eintreten zu lassen, sobald die Nothwendigkeit erkannt worden ist. Das Ziel kann das Beschwerdegericht dadurch erreichen, daß es die von ihm auszusprechende K.Eröffnung sofort wirksam werden läßt. Auf jedem anderen Wege wird die K Eröffnung verzögert. Die dem K Gericht aufgetragene K.Eröffnung würde erst nach dem Eingang des Beschlusses des Beschwerdegerichts oder gar erst nach dessen Rechtskraft erfolgen können. Würde der eigene Eröffnungsbeschluß des Beschwerdegerichts nicht sofort wirksam, so würde darin die Stunde der Eröffnung nicht angegeben werden, und auch die Annahme, daß in Ermangelung der Angabe die Zeit der Eröffnung auf die Mittagsstunde des Tages falle, nicht zutreffen können, da die Rechtskraft erst später und zwar mit dem Ablauf eines Tages, in der Grenzscheide zweier Tage, eintritt. Wegen der Verpflichtung, die weiter erforderlichen Anordnungen gleichzeitig mit der K.Eröffnung zu treffen, vgl. Anm. 1 zu § 110.

§ 110. (102.)

Bei der Eröffnung des Konkursverfahrens ernennt das Gericht den Konkursverwalter, verordnet einen nicht über einen Monat hinauszusetzenden Termin zur Beschlußfassung über die Wahl eines anderen Verwalters, sowie über die Bestellung eines Gläubigerausschusses, erläßt den offenen Arrest und bestimmt die Anmeldefrist und den allgemeinen Prüfungstermin.

Das Gericht kann die Termine verbinden, wenn die Konkursmasse von geringerem Betrage oder der Kreis der Konkursgläubiger von geringerem Umfange ist, oder wenn der Gemeinschuldner einen Zwangsvergleichsvorschlag eingereicht hat.

E. I. 102. 114. P. 123. 128. 148. 164. 168. 329. K.O.N.

1. Bei der Eröffnung. | 2. Termine.

Digitized by Google

1) Die im Abs. 1 bezeichneten Anordnungen sollen bei der Eröffnung, also gleichzeitig mit ihr, sofort und ohne Antrag getroffen werden. Ernennung und Wahl des Verwalters und des Gläub.-Ausschusses s. §§ 78, 80, 87. Offener Arrest s. § 118. Anmeldefrist s. § 138. Prüfungstermin s. § 141. Der Wirksamkeit des Eröffnungsbeschlusses wie der weiteren Maßregeln thut es keinen Eintrag, wenn diese nicht gleichzeitig getroffen werden. — Sie müssen nur überhaupt getroffen werden und sollen unverzüglich getroffen werden. Die Vorschrift steht danach auch der Trennung des von dem Beschwerdegericht zu fassenden Eröffnungsbeschlusses (Anm. 4 zu § 109) von den dem K.Gericht zu übertragenden weiteren Maßregeln nicht entgegen.

2) Termine. Der erste Termin (Wahltermin) ist die erste G.Versammlung, worin die Wahl eines anderen Verwalters (§ 80), Bestellung und Wahl des G.Ausschusses (§ 87), Bericht des Verwalters (§ 131) und Beschließung über die im § 132 erwähnten Fragen zu erledigen sind. Der Termin soll nicht über einen Monat hinausgesetzt werden, in Konsularsachen nicht über zwei, für gewisse Bezirke nicht über drei Monate. Ges. v. 7. 4. 1900, § 47 Abs. 1, 2. Einer Verzögerung ist jedoch kein Präjudiz entgegengesetzt. Vgl. Abs. 2. Für die Berechnung der Frist von einem Monat ist B.G.B. § 187 maßgebend. — Ist eine der für das Ermessen des Gerichts im Abs. 2 bestimmten Voraussetzungen vorhanden, so wird für die Frage, ob davon Gebrauch zu machen, die Rücksicht auf die mehr oder weniger klare Lage der Verhältnisse des G.Schuldners und auf die größere oder geringere Entfernung des Wohnorts der Gläubiger entscheidend sein. Ein Zwangsvergleichsvorschlag kann nur dann als vorliegend angenommen werden, wenn sein Inhalt den Anforderungen der §§ 174, 181 entspricht und die Bestätigung nicht nach § 175 ausgeschlossen ist.

Soll der Prüfungstermin mit dem ersten Termin verbunden werden, so kann dieser mit Rücksicht auf die Minimalfristen des § 138 nur mit einer Zwischenzeit von drei Wochen angesetzt werden, und ist außerdem noch die Zeit von dem Zeitpunkte ab zu berechnen, mit dem die Bekanntmachung nach § 76 erst als bewirkt gilt. Liegt für Fälle der Verbindung ein Vergleichsvorschlag vor, so kann auf Antrag des G.Schuldners auch der Vergleichstermin mit dem ersten Termin verbunden werden, § 180.

§ 111. (103.)

Der Gerichtsschreiber hat die Formel des Eröffnungsbeschlusses, den offenen Arrest, die Anmeldefrist und die Termine sofort öffentlich bekannt zu machen.

Die Bekanntmachung ist, unbeschadet der Vorschriften des § 76 Abs. 1, auszugsweise in den Deutschen Reichsanzeiger einzurücken.

An die ihrem Wohnorte nach bekannten Gläubiger und Schuldner des Gemeinschuldners erfolgt besondere Zustellung.

E. I. 113. P. 123. 128. 148. 164. 168. 329.

1. Inhalt der Bekanntmachung.
2. Gerichtsschreiber.
3. Bedeutung des Abs. 2.
4. Besondere Zustellung.

1) Ueber die Formel (Abs. 1) vgl. Anm. 2 zu § 108. In Betreff des offenen Arrestes genügt es, dessen Erlaß anzuzeigen, ohne daß eine Wiederholung des Inhalts des § 118 nöthig ist.

2) Die Veröffentlichung ist eine Pflicht des Gerichtsschreibers, die er ohne Auftrag des Gerichts auszuführen hat und für deren Erfüllung er persönlich verantwortlich ist. Ebenso die Mittheilungen nach § 112.

3) Abs. 2. Die öffentliche Bekanntmachung gemäß Abs. 1 muß behufs ihrer Wirksamkeit nach § 76 Abs 1 erfolgen, dessen Befolgung wesentlich ist. Sie soll ferner obligatorisch (abweichend vom § 76 Abs. 2) in den Reichsanzeiger eingerückt werden; diese Einrückung soll aber nicht wesentlich sein, und um dies schärfer zu betonen, ist von der R.K., die diesen Unterschied in der Fassung des Entw. nicht genügend ausgedrückt fand, die jetzige Redaktion „unbeschadet der Vorschriften des § 76 Abs. 1" beschlossen. Prot. 78.

Digitized by Google

Die Uebergehung des Abs. 2 ist daher für die Wirkung und die Vollständigkeit der Bekanntmachung unschädlich. Mit derselben Bedeutung findet Abs. 2 auch für die Fälle der §§ 116, 163, 190, 205 Anwendung. In Konsular-Konkursen ist indeß die Einrückung der öffentlichen Bekanntmachung in den Reichsanzeiger in keinem Fall erforderlich. Ges. v. 10. Juli 1879 § 45. Ueber die Wirkung der öffentlichen Bekanntmachung vgl. auch § 8 und Anm. zu § 118.

4) Die **besondere Zustellung** erfolgt nach § 77. Ihre Unterlassung hindert jedoch die Wirksamkeit der Bekanntmachung nach § 76 Abs. 3 nicht. Vgl. Anm. 3 zu § 76. Unter den dem Wohnorte nach bekannten Gläubigern sind nur die dem K.Gerichte als solchem bekannten (vgl. § 104) zu verstehen, da das K.Gericht den § 111 auszuführen hat und ihm eine besondere Verpflichtung zur Ermittelung von Gläubigern nicht auferlegt ist. L.G. Halle 15. April 1882, Wallm. D. Jur. Z. 7, 382. Daß der Eröffnungsbeschluß außerdem dem G.Schuldner zuzustellen ist, folgt schon aus § 109.

§ 112. (104.)

Der Gerichtsschreiber hat unter Bezeichnung des Konkursverwalters beglaubigte Abschriften der Formel des Eröffnungsbeschlusses den Behörden für die Führung des Handels- oder Genossenschaftsregisters oder ähnlicher Register und der Dienstbehörde des Gemeinschuldners mitzutheilen.

E. I. 114. P. 128

1. Zwangsmittheilungen.
2. Betroffene Register.
3. Mittheilungen auf Grund anderer gesetzlicher u. s. w. Anordnungen.
4. Insbesondere Mittheilungen an das Vormundschaftsgericht.

1) **Diese Mittheilungen müssen** gesetzlich in Folge der K.Eröffnung erfolgen im Gegensatze zu der nach § 121 nur „auf Anordnung des K.Gerichts" erfolgenden Beschlagnahme der Sendungen bei Post- und Telegraphen-Anstalten. Prot. 78, 79. Ueber die **Verpflichtung des Gerichtsschreibers** s. Anm. 2 zu § 111. Die Mittheilungen erfolgen im öffentlichen Interesse. Die Wirkungen der K.Eröffnung sind von ihnen nicht abhängig gemacht.

2) **Die Register,** an die eine Mittheilung erfolgen muß, sind im Gesetz nur ganz allgemein bezeichnet. Ebenso ist anderweiten Bestimmungen überlassen, anzuordnen, was die **Registerbehörden auf die Mittheilung** zu veranlassen haben. Es muß deshalb angenommen werden, daß die Mittheilungen ohne Rücksicht darauf, ob eine Eintragung der K.Eröffnung zu erfolgen hat, an alle Registerbehörden zu gelangen haben. Dies sind das Handelsregister, das Genossenschaftsregister und das Vereinsregister, in die gemäß H.G.B. § 32, Genoss.Ges. v. 1. Mai 1889, 20. Mai 1898 § 102, B.G.B. § 75 die K.Eröffnung eingetragen wird, sofern dort der G.Schuldner eingetragen ist, sowie das Güterrechtsregister und das Schiffsregister, bei denen eine Eintragung nicht angeordnet ist.

3) **Auf Grund anderer gesetzlicher Vorschriften** (auch den in §§ 113, 116, 163 Abs. 3, 190 Abs. 3, 198 Abs. 2, 205 Abs. 2 enthaltenen) haben Mittheilungen zu erfolgen reichsgesetzlich gemäß R.Ges. über die freiw. Gerichtsbarkeit § 50 an das Vormundschaftsgericht, und landesgesetzlich in Preußen gemäß A.G. z. K.O. § 12 an die Staatsanwaltschaft. Auch empfiehlt der Preuß. Justizminister in der Allgem.Verf. vom 24. Mai 1898 (J.M.Bl. S. 77) dem Konkursgerichte, wenn Werthpapiere einer in Konkurs gerathenen Unternehmung an der Börse zugelassen sind, Mittheilungen von der K.Eröffnung an die Börsenvorstände, und von der Beendigung des Konkurses und dem Ergebniß der Schlußrechnung an die Zulassungsstellen der Börsen zu machen.

4) **Die Mittheilungen an das Vormundschaftsgericht** müssen gemäß § 50 des R.Ges. über die freiw. Gerichtsbarkeit erfolgen, wenn in Folge eines gerichtlichen Verfahrens die Anordnung einer Vormundschaft oder Pflegschaft erforderlich wird.

Durch die K.Eröffnung wird nöthig: a) die Anordnung einer Pflegschaft über minderjährige Kinder, die in der elterlichen Gewalt des G.Schuldners stehen, nach § 1909, da der

Digitized by Google

Vater wie die Mutter mit der Rechtskraft des Beschlusses, durch den der Konkurs über sein Vermögen eröffnet wird, die Vermögensverwaltung am Kindesvermögen verlieren (B.G.B. §§ 1647, 1686); b) die Anordnung einer gleichen Pflegschaft, wenn der Konkurs nur wegen Unzulänglichkeit der Masse nicht eröffnet wird (§ 107). Nach B.G.B. §§ 1667, 1668, 1670 kann das Vormundschaftsgericht in diesem Falle, in dem der Vermögensverfall des G.Schuldners dargethan ist, gewisse Maßregeln zum Schutz des Kindesvermögens anordnen und schließlich auch dem Inhaber der elterlichen Gewalt die Vermögensverwaltung entziehen; c) die Entlassung des G.Schuldners aus dem von ihm geführten Amte eines Vormunds oder Pflegers, die mit der Eröffnung des Konkurses bis zu dessen Wiederaufhebung geboten ist, B.G.B. § 1886, § 1781 Z. 9.

Es ist danach dem Vormundschaftsgericht Nachricht zu geben, wenn der G.Schuldner ein Kind in elterlicher Gewalt hat, sowohl von der Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses, wie von dem Beschlusse, durch den der Antrag auf K.Eröffnung wegen Unzulänglichkeit der Masse zurückgewiesen ist; wenn der G.Schuldner eine Vormundschaft oder Pflegschaft führt, von der Eröffnung des Konkurses. Die Mittheilungen ergehen durch das Gericht, das sie besonders anordnet, sind also nicht Amtspflicht des Gerichtsschreibers. Sie setzen Kenntniß der veranlassenden Umstände voraus; aber das Gericht hat sich danach, insbesondere durch Befragen des G.Schuldners zu erkundigen. Eine Mittheilung von der Aufhebung des Konkurses ist nicht erforderlich, sie führt nach B.G.B. § 1647 Abs. 2 nicht durch sich selbst dazu, den Vater in das Recht der Vermögensverwaltung einzusetzen, noch weniger zur Wiedereinsetzung des entlassenen Vormundes.

§ 113. (106.)

Ein von dem Konkursgericht in Gemäßheit des § 106 erlassenes allgemeines Veräußerungsverbot, sowie die Eröffnung des Konkursverfahrens ist in das Grundbuch einzutragen:

1. bei denjenigen Grundstücken, als deren Eigenthümer der Gemeinschuldner im Grundbuch eingetragen ist;
2. bei den für den Gemeinschuldner eingetragenen Rechten an Grundstücken oder an eingetragenen Rechten, wenn nach der Art des Rechtes und den obwaltenden Umständen bei Unterlassung der Eintragung eine Beeinträchtigung der Konkursgläubiger zu besorgen ist.

Das Konkursgericht hat, soweit ihm solche Grundstücke oder Rechte bekannt sind, das Grundbuchamt von Amtswegen um die Eintragung zu ersuchen.

Die Eintragung kann auch von dem Konkursverwalter bei dem Grundbuchamte beantragt werden.

K.O.N.

1. Grund der Bestimmung.
2. Verpflichtung zur Bewirkung der Eintragung im Allgemeinen.
3. Bei Grundstücken.
4. Bei Rechten an Grundstücken.

1) Die Bestimmung hat ihren Grund darin, daß jetzt reichsgesetzlich der öffentliche Glaube des Grundbuchs auch gegenüber der mit der K.Eröffnung erfolgenden Beschlagnahme oder dem vorangehenden Veräußerungsverbot wirksam ist. Vgl. § 7 Abs. 1, § 15 Satz 2, B.G.B. § 136, § 135 Abs. 2. Die in der früheren Fassung des Gesetzes dem Landesgesetze vorbehaltene und dort verschieden geregelte Eintragung der K.Eröffnung in das Grundbuch ist deshalb jetzt zum Schutze der K.Gläubiger reichsgesetzlich angeordnet. Sie muß, um wirksam zu sein, bei allen dem G.Schuldner zustehenden Grundstücken und Rechten an Grundstücken erfolgen; doch kann natürlich die den guten Glauben und damit die Wirkung des Grundbuchs ausschließende Kenntniß von dem Konkurse des Berechtigten

Digitized by Google

auch dadurch erlangt werden, daß der Betheiligte die Eintragung von der K.Eröffnung auf einem anderen Grundbuchblatte liest. (A.M., wie es scheint, Jäger Anm. 3).

2) **Die Verpflichtung zur Bewirkung der Eintragung** hat in erster Linie das Konkursgericht, das die Sicherung des Grundstücks schon bewirken muß, ehe noch ein Verwalter bestellt ist. Volle Kenntniß von allen vorhandenen Liegenschaftsrechten wird aber in der Regel erst der K.Verwalter erlangen; deshalb ist in Abs. 3 diesem die gleiche Pflicht auferlegt. Einzutragen sind sowohl der Erlaß des Veräußerungsverbotes, wie die Eröffnung des Konkurses, beide Eintragungen bleiben neben einander bestehen, bis bei der Aufhebung des Konkurses oder der in der Beschwerdeinstanz erfolgenden Abweisung des Eröffnungsantrags (§ 116) beide gleichzeitig wieder gelöscht werden. Die Eintragung erfolgt in Abth. II des Grundbuchs.

3) **Bei Grundstücken** muß die Eintragung in allen Fällen erfolgen, weil bei ihnen jedesmal die Gefahr der Veräußerung oder einer Belastung durch den G.Schuldner dringend ist. Den Grundstücken stehen auch hier gleich das Erbbaurecht, B.G.B. § 1017, und die im E.G. z. B.G.B. §§ 63, 68 genannten Rechte.

4) **Bei Rechten an Grundstücken** oder an eingetragenen Rechten wird die Eintragung in das Ermessen des K.Gerichts oder des Verwalters gestellt. Das Gericht oder der Verwalter *können* die Eintragung veranlassen, wenn ohne die Eintragung eine Beeinträchtigung der K.Gläubiger zu befürchten ist. Dies wird in der Regel da nicht der Fall sein, wo bei Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden ein Brief in der Hand des Verwalters sich befindet, ohne dessen Besitz eine Veränderung mit der eingetragenen Post nicht vorgenommen werden kann. Doch entscheidet das Belieben von Gericht oder Verwalter, das Grundbuchamt hat dem Antrage auch dann zu entsprechen, wenn die Besorgniß einer Beeinträchtigung ungerechtfertigt erscheint. Auch bei Rechten, die nicht auf einen Anderen übertragen werden können, aber doch in der Ausübung zur K.Masse gehören, wie Nießbrauch, besteht ohne die Eintragung immer die Gefahr, daß sie durch Verzicht des Schuldners verloren gehen.

§ 114.

Werden Grundstücke oder Rechte, bei denen eine Eintragung nach Maßgabe des § 113 Abs. 1, 2 bewirkt worden ist, von dem Verwalter freigegeben oder veräußert, so kann das Konkursgericht auf Antrag das Grundbuchamt um Löschung der Eintragung ersuchen.

K.O.N.

1. Grundbuchberichtigung. | 2. Antragsberechtigter.

1) Es handelt sich bei der Vorschrift des § 114 um die **Grundbuchberichtigung**, die verlangt werden darf, wenn der Inhalt des Grundbuchs mit dem wirklichen Sachverhalt im Widerspruch steht. B.G.B. § 894. Der Widerspruch liegt vor, sobald das Grundstück oder das Recht daran, bei dem nach § 113 Eintragungen vorgenommen sind, aus der K.Masse ausgeschieden ist, durch Freigabe an den G.Schuldner oder durch Veräußerung. Die durch die Eintragung beurkundete Verfügungsbeschränkung besteht dann nicht mehr. Das Verlangen nach Berichtigung kann in erster Linie an den Verwalter gerichtet werden und zwar auch dann, wenn die Eintragung nach § 113 auf Ersuchen des Gerichts erfolgt ist, weil der Verwalter die Person ist, die während der Eintragung des K.Vermerks formell über das Grundstück zu verfügen hat, und deren Recht deshalb durch die Berichtigung betroffen wird. Um die Berichtigung zu erleichtern, ist in den Fällen, in denen das Gericht die Eintragung betrieben hat, das Gericht auf Antrag auch wieder gehalten, das Grundbuchamt um die Löschung zu ersuchen. Durch die Fassung „kann" scheint es freilich in das Ermessen des K.Gerichts gestellt zu sein, ob es das Ersuchen an das Grundbuchamt stellen will, ohne Zweifel aber ist gegen einen ablehnenden Bescheid dem Antragsteller das Recht der Beschwerde gegeben und die willkürliche Ablehnung würde gegen den Willen des Gesetzes verstoßen. Ebenso Petersen-Kleinfeller Anm. 7. Durch die Fassung

Digitized by Google

wird aber ausgedrückt, daß der Berechtigte das K.Gericht nicht anzugehen braucht, sondern auch auf anderem Wege, namentlich durch Einwilligung des Verwalters, zur Löschung gelangen kann.

2) Der **Antragsberechtigte** ist im Gesetz nicht genannt. Es ist offenbar jeder berechtigt, „dessen Recht von der Eintragung betroffen wird", G.O. § 13, also außer dem Verwalter, der damit seiner Verpflichtung am bequemsten nachkommt, im Falle der Freigabe der G.Schuldner, bei Veräußerung des Erwerbes, der Grundstückseigenthümer, der eine von dem Konkursvermerk betroffene Eintragung zur Löschung zu bringen berechtigt ist.

§ 115.

Die Eintragung und Löschung von Vermerken auf Grund der §§ 113, 114 geschieht gebührenfrei.

K. O. N.

Die Gebührenfreiheit ist von der Reichstagskommission in das Gesetz gebracht, um die K.Masse von den in Preußen (Ges. v. 25 Juni 1895) bei Grundstücken nach dem ganzen Grundstückswerthe ohne Abzug der Hypotheken zu zahlenden Gebühren zu befreien. Komm.Ber. zur K.O.N. S. 27, 28. Die Löschung, die nicht auf Ersuchen des K.Gerichts geschieht, bleibt, wenn man dem Wortlaut des § 115 folgt, nach Maßgabe der Landesgesetze gebührenpflichtig. Ebenso kann die Gebührenfreiheit für die nach § 116 zu erwirkenden Löschungen nur zur Noth daraus hergeleitet werden, daß man die im § 116 vorgeschriebene entsprechende Anwendung des § 113 auf die für den Fall des § 113 gewährten Gebührenfreiheit erstreckt. Nach der Absicht, die der Annahme des § 115 in der Reichskommission zu Grunde lag, wird man jedoch für alle aus dem Veräußerungsverbot sowie der Beschlagnahme und deren Aufhebung begründeten Eintragungen und Löschungen die Gebührenfreiheit annehmen dürfen. Die Preußische Regierung hat dies in der Begründung zum Pr. A.G. B.G.B. Art. 84 § 77 anerkannt, indem sie mit dieser Gebührenfreiheit die Gebührenfreiheit für die in das Handelsregister vorzunehmenden Eintragungen begründete.

§ 116. (105.)

Sobald eine den Eröffnungsbeschluß aufhebende Entscheidung die Rechtskraft erlangt hat, ist die Aufhebung des Verfahrens öffentlich bekannt zu machen. Die Vorschriften der §§ 111 Abs. 2, 112, 113, 191 finden entsprechende Anwendung.

E. I. 198—203. P. 126. K.O.N.

1. Wirkungen der Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses im Allgemeinen.
2. Pflichten des Gerichts.
3. Pflichten des Verwalters.

1) **Die Wirkungen der Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses** beginnen erst mit der Rechtskraft der Aufhebungsentscheidung. Nach der C.P.O. § 705 tritt die Rechtskraft „vor Ablauf der für die Einlegung des zulässigen Rechtsmittels bestimmten Frist nicht ein. Der Eintritt der Rechtskraft wird durch rechtzeitige Einlegung des Rechtsmittels gehemmt." Der daselbst gleichfalls als hemmend erwähnte Einspruch gegen ein Versäumnißurtheil ist hier einflußlos, da die K.O. kein Versäumnißurtheil kennt. Anm. 2 zu § 72. Dagegen ist die Zulässigkeit „einer weiteren Beschwerde" Anm. 1 zu § 109 zu berücksichtigen. Die bis zur Rechtskraft der Entscheidungen erfolgte Verwaltungshandlungen des Verwalters bleiben gültig und können nicht deshalb als ungültig angefochten werden, weil er keine Verfügungsgewalt gehabt habe; vgl. B.G.B. § 115 Abs. 1. Für Unterlassungen bleibt er verantwortlich. Aber von der Rechtskraft ab ex nunc (nicht erst von der öffentlichen Bekanntmachung ab) sind fernere Rechtshandlungen des V rwalters unverbindlich. Eccius I, § 119; Oetker I, 117, 118.

Digitized by Google

2) **Das Konkursgericht hat**, sobald die Aufhebungsentscheidung rechtskräftig geworden ist, die Veröffentlichung nach der Vorschrift der §§ 76, 111 Abs. 2 vorzunehmen und gemäß § 112 die erforderliche Mittheilung ergehen zu lassen. Die Bewirkung der Bekanntmachungen und Benachrichtigungen ist hier wie bei §§ 111, 112 Sache des Gerichtsschreibers. — Der Hinweis auf § 113, der in der K.O.N. eingeschoben ist, bedeutet, daß auch die nach § 113 bewirkten Grundbucheintragungen auf von Amtswegen vorzunehmende Veranlassung des K.Gerichts wieder gelöscht werden müssen.

3) **Der Verwalter** hat zunächst ebenfalls die Pflicht, die Löschung der nach § 113 erfolgten Eintragungen zu betreiben (Abs. 3 a. a. O.). Sodann aber ergiebt die Verweisung auf § 191, die in der K.O.N. neu eingefügt ist, daß er auch nach Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses die Masseschulden und Massekosten zu berichtigen, und wenn sie bestritten sind, sicherzustellen hat. **RG. 36** 93 ff. hatte zwar dieselbe Verpflichtung auch schon nach früherem Rechte als bestehend angenommen und deshalb den Verwalter, der sie versäumt hatte, verurtheilt, sie aber in **39** 94 ff. doch als nicht zweifellos bezeichnet und deshalb die Klage gegen den Verwalter abgewiesen. (Vgl. 5. Ausg. dieses Buchs Anm. 2 zu § 101 a. F.) Weiteres über die Verpflichtung des Verwalters in Anm. 1 zu § 191.

Dritter Titel.
Theilungsmasse.

Die K.O. kennt mit dem gemeinen Rechte keinen Unterschied in den Befugnissen des K.Verwalters in verschiedenen Stadien des Verfahrens. Die von der preuß. K.O. für den kaufmännischen Konkurs aus dem französ. Verfahren übernommene Unterscheidung einstweiliger und definitiver Verwalter ist von der K.O. reprobirt, weil sie einen Zeitpunkt der s. g. Konstituirung der Gläubigerschaft mit dem Fortfall der Präklusion von Gläubigern ohnehin nicht kennt, die Art der Verwaltung sich nach den konkreten Umständen richtet und eine Sonderung dem Rechte der Gläubiger auf möglichst schnelle Befriedigung verzögernd entgegentritt. Zur Vermeidung übereiliger oder sachwidriger außerordentlicher Verfügungen ist jedoch, abgesehen von der gesetzlichen Zuziehung der Gläubiger zur Verwaltung, in den Fällen der §§ 133—135 dem G.Schuldner das Recht gegeben, die Beschlußfassung des Gerichts und bez. einer G.Versammlung über seinen Widerspruch herbeizuführen. Mot. 337—340. Vgl. Anm. 3 zu § 133.

Unter der oben erwähnten Beschränkung und unter der weiteren im § 99 enthaltenen Einschränkung ist der K.Verwaltung das Prinzip der Selbstverwaltung ohne gerichtliche Einmischung oder Bevormundung zu Grunde gelegt. Der Verwalter ist in den gesetzlich bestimmten Fällen (§§ 132—135) an die Entschließung des G.Ausschusses oder der G.Versammlung gebunden. Soweit jedoch nicht ausdrückliche Vorschriften entgegenstehen, hat der Verwalter die gesammte K.Masse in Besitz zu nehmen und in geeigneter Weise zu verwalten und zu verwerthen. Er ist nicht verbunden, in der Weise der gemeinrechtlichen Praxis die Verwerthung in den Exekutionsformen der Veräußerung zu bewirken. Mot. 337.

Der dritte Theil von der „Theilungsmasse" (Aktivmasse) behandelt nach Voranstellung des Prinzips (§ 117) in den §§ 118—125 die Feststellung und Sicherung, und in den §§ 126—137 die Verwaltung und Verwerthung der Masse.

§ 117. (107.)

Nach der Eröffnung des Verfahrens hat der Verwalter das gesammte zur Konkursmasse gehörige Vermögen sofort in Besitz und Verwaltung zu nehmen und dasselbe zu verwerthen.

Digitized by Google

Die Geschäftsbücher des Gemeinschuldners dürfen nur mit dem Geschäft im Ganzen und nur insoweit veräußert werden, als sie zur Fortführung des Geschäftsbetriebes unentbehrlich sind.

E. I. 115. P. 101, 151 ff., 215, 220 ff. K. O. N.

1. Besitz und Besitzergreifung.
2. Vermögen.
3. Geschäftsbücher.
4. Verwerthung.

1) **Besitz und Besitzergreifung durch den Verwalter.** Im § 117 ist die Konsequenz des § 6, das Prinzip für die Verwaltung der K.Masse, ausgesprochen. Der Verwalter und nur er, also weder die Gläubiger, noch der G.Schuldner, noch das Gericht, ist zum Besitz und zur Verwaltung berechtigt und verpflichtet. Durch den im § 117 aufgestellten Grundsatz ist der Verwalter kraft Gesetzes zu allen Besitz-, Verwaltungs- und Verwerthungs-Akten legitimirt, soweit der Grundsatz selbst nicht durch besondere Vorschriften der KO. eingeschränkt ist. Er bedarf für die K.Masse und zur Vertretung des von ihm dazu beanspruchten Vermögens keiner andern Legitimation, wie seiner Eigenschaft als Verwalter (vgl. § 136). Der Eröffnungsbeschluß, seine Bestallung als Verwalter und das Gesetz legitimiren ihn. Die Natur seines Besitzes entscheidet sich durch den rechtlichen Charakter seiner Stellung. An Stelle des G.Schuldners, wenngleich im Interesse der Gläubiger, übt er die Besitzrechte des G.Schuldners, ist aber diesem gegenüber auf die Zeit des K. zum Besitze berechtigt. Er ist also unmittelbarer Besitzer, während der G.Schuldner mittelbarer Besitzer bleibt. B.G.B. § 868. Der Verwalter hat alle Besitzschutzmittel gegen Dritte auch aus eigener Person, während der G.Schuldner auch seinen Besitz nicht mehr zu schützen berechtigt ist.

Die Besitzergreifung muß sofort erfolgen. Durch Verzögerung macht sich der Verwalter nach § 82 dem G.Schuldner und den K.Gläubigern verantwortlich. Indeß hat ein Gläubiger kein Recht, vom Verwalter bestimmte Verwaltungsakte zu erzwingen und demgemäß auch kein Klagerecht gegen ihn auf Heranziehung einzelner Gegenstände zur K.Masse, RG. 17. Dzbr. 1886, Raff.K. 31, 1129; Endemann S. 449. Durch den Zusatz: „sofort" ist zugleich ausgesprochen, daß der definitiven Verwaltung nicht ein Vorstadium einer „einstweiligen" Verwaltung vorangehen soll. Vorbem. vor § 117. Prot. 79. Zur Besitzergreifung bedarf der Verwalter keiner Beihülfe als Einmischung des K.Gerichts. Der Eröffnungsbeschluß bildet dem G.Schuldner gegenüber gemäß C.P.O. § 794 Nr. 3 einen Titel zur Zwangsvollstreckung für die Besitzübertragung auf den Verwalter, weil der Beschluß die gesetzliche Wirkung hat, daß nicht mehr der G.Schuldner, sondern der Verwalter die Verwaltung und Verfügung über das zur K.Masse gehörige Vermögen haben soll. §§ 6, 117. Vgl. Anm. 1 zu § 108. Sofern die Besitzergreifung zwangsweise gegen den G.Schuldner durchgesetzt werden müßte, hat der Verwalter dazu eine mit der Vollstreckungsklausel zu versehende Ausfertigung des Eröffnungsbeschlusses dem Gerichtsvollzieher zu behändigen, und hierdurch die Herausgabe beweglicher und unbeweglicher Sachen oder die Räumung einer Wohnung durch den G.Schuldner selbst zu bewirken. C.P.O. §§ 724, 883, 885. Mot. 340. Ueber die Rechtsbehelfe des G.Schuldners gegen die Zwangsvollstreckung vgl. Anm. 23 zu § 1. Der Verwalter kann ferner auch durch das K.Gericht durch den Antrag auf Haft nach § 101 Abs. 2 den Widerstand des G.Schuldners beseitigen; was insbesondere bei dessen Weigerung, ein Grundstück zu räumen, und in Fällen unzweifelhaft unberechtigten Widerspruchs praktisch sein wird. — Einer besonderen Ueberweisung nach C.P.O. § 886 in Betreff der im Gewahrsam Dritter befindlichen Sachen bedarf es nicht (§ 6). Ist der Dritte, der den Gewahrsam hat, zur Herausgabe bereit, so können die Sachen von ihm ohne Weiteres abgeholt werden (entspr. C.P.O. § 809). Soll ein Anspruch gegen Dritte zwangsweise durchgesetzt werden, so ist er im ordentlichen Prozeßverfahren geltend zu machen. Mot. 342. Forderungen des G.Schuldners gegen Dritte hat er einzuziehen, ohne daß es einer Ueberweisung, C.P.O. § 835 bedarf, § 6. Der G.Schuldner kann dabei dem Verwalter nicht als Intervenient beitreten, weil er nur ein thatsächliches, nicht rechtliches Interesse hat, auch wenn der Verwalter nicht als Vertreter der Gläubiger anzusehen ist, RG. 16. Septbr. 1891, JW. 465.

Digitized by Google

2) Das zur K.Masse gehörige **Vermögen** setzt sich nicht nur aus den Gegenständen zusammen, die der G.Schuldner selbst in Besitz nehmen dürfte, sondern entsprechend der Verpflichtung, zugleich das Interesse des K.Gläubigers wahrzunehmen, § 3, hat der Verwalter auch Ansprüche geltend zu machen, die unabhängig von dem Rechte des G.-Schuldners zur Masse gehören, so die Anfechtungsansprüche, § 37. Andererseits ist er an die dem G.Schuldner etwa auferlegten gesetzlichen, testamentarischen und vertragsmäßigen Beschränkungen eines Anspruchs gebunden. RG. 31. Januar 1893, JW. 160, wenn er Rechte und Sachen des G.Schuldners gegen Dritte verfolgt. — Zur K.Masse gehören ferner Gegenstände, auf denen Absonderungsansprüche lasten, §§ 3, 4, vgl. jedoch §§ 118 ff. — Umgekehrt wieder ergiebt sich aus der Beschränkung auf die K.Masse das Recht und die Pflicht des Verwalters, Gegenstände, die *auszusondern* sind (unter Mitwirkung des G.Ausschusses oder des G.Schuldners, §§ 133, 134), auszuscheiden; ebenso die Gegenstände, die nicht zur K.Masse gehören, weil sie der Zwangsvollstreckung nicht unterworfen sind, Anm. 8, 10, 11 zu § 1. Ist nicht sofort außer Zweifel zu stellen, ob Sachen, die sich im Gewahrsam des G.Schuldners befinden, einem Dritten gehören, so wird im Zweifelsfalle der Verwalter sie in Besitz nehmen. Seine Berechtigung dazu, wenngleich unter Umständen nur, um sie dem Dritten herauszugeben, ist nach § 6 nicht zu bezweifeln, da er für den G.Schuldner auch dessen Rechte und Pflichten aus dem Besitze zu vertreten hat. Er würde sich durch Unterlassung oder durch Mangel an Sorgfalt bei der Ausscheidung nach § 82 den K.Gläubigern und dem G.Schuldner gegenüber, dessen Pflichten gegen Dritte er beachten muß, verantwortlich machen können. Fitting § 23 Anm. 4 und § 37 zu 1; Sarwey-Bossert Anm. 2. Eine Verpflichtung, die Sachen eines Dritten in dessen Interesse in Besitz zu nehmen, hat der Verwalter dem Dritten gegenüber nicht, da er nur „das zur K.Masse gehörige Vermögen in Besitz zu nehmen hat". Durch die Unterlassung wird er also dem Dritten gegenüber nicht verantwortlich (Anm. zu § 82; Endemann S. 449), während er, wenn er Sachen des Dritten in Besitz nimmt, den Aussonderungs- und den damit in Verbindung stehenden Masseansprüchen gerecht zu werden hat.

3) Die **Geschäftsbücher**, die nach C.P.O. § 811 der Pfändung nicht unterworfen sind, gehen nach § 1 Abs. 3 zur K.Masse, weil sie für die im Konkurse nöthige Uebersicht des Vermögens und Geschäftsbetriebes des G.Schuldners unentbehrlich sind. Sie sollen aber nur soweit und aus denselben Gründen dann gebraucht werden, wenn das Geschäft im Ganzen veräußert wird (§ 134). Einen Gegenstand selbständiger Verwerthung, etwa als Makulatur, bilden sie nicht. Sie müssen also, wenn sie nicht mit dem Geschäft im Ganzen weggegeben sind, nach Beendigung des K. dem G.Schuldner zurückgegeben werden. Mot. z. K.O.N. S. 24. — Unter Geschäftsbüchern sind nicht nur die eigentlichen Handelsbücher zu verstehen, die der Vollkaufmann führen muß, vgl. auch DepotGes. § 1, sondern alle im Geschäftsbetriebe des G.Schuldners in Gebrauch befindlichen Bücher, auch wenn er ein Minderkaufmann oder gar nicht Kaufmann ist.

4) Für die **Verwerthung der Masse** sind besondere Vorschriften nicht gegeben. Namentlich bezieht sich das „sofort" nicht auch auf die Verwerthung; auch abgesehen von den besonderen Vorschriften der §§ 133 Nr. 1, 134 hat der Verwalter den Zeitpunkt und die Art der Verwerthung mit der im Verkehr üblichen Sorgfalt und unter der Verantwortlichkeit des § 82 auszuwählen. — Er ist nicht verbunden, die Verwerthung in den Vollstreckungsformen der Veräußerung zu bewirken; auch nicht, sich dazu eines Gerichtsvollziehers zu bedienen oder meistbietend zu verkaufen. Vgl. über freiwillige Versteigerung durch Gerichtsvollzieher preuß. Just.Min.Verf. v. 29. Sept. 1881, J.M.B. S. 212. Wie weit eine Veräußerung durch den Verwalter, wenn sie in der Form der Zwangsvollstreckung erfolgt, als wirkliche Zwangsvollstreckung anzusehen ist, darüber s. Anm. 2 zu § 126. — Ueber den Umfang der Verwaltungsrechte vgl. Anm. 5 zu § 6. „Verwerthen" ist hier und sonst in der K.O. statt des im Entw. gebrauchten Ausdrucks: „versilbern" gesagt, ohne daß darin ein anderer, als sprachlicher Unterschied zu finden ist.

Digitized by Google

§ 118. (108.)

Durch den offenen Arrest wird allen Personen, welche eine zur Konkursmasse gehörige Sache in Besitz haben oder zur Konkursmasse etwas schuldig sind, aufgegeben, nichts an den Gemeinschuldner zu verabfolgen oder zu leisten, auch die Verpflichtung auferlegt, von dem Besitze der Sache und von den Forderungen, für welche sie aus der Sache abgesonderte Befriedigung in Anspruch nehmen, dem Konkursverwalter innerhalb einer bestimmten Frist Anzeige zu machen.

E. I. 116. 117. P. 145—148.

1. Offener Arrest. | 2. Anzeigepflicht.

1) Die öffentliche Bekanntmachung der „Formel des Eröffnungsbeschlusses" (§ 111) ist diejenige „öffentliche Bekanntmachung der Eröffnung", die nach § 8 hinsichtlich der Leistungen Dritter an den G.Schuldner maßgebend ist. Neben ihr ist die Erlassung des offenen Arrestes lediglich als eine zweckmäßige Einrichtung vorgeschrieben. **Der offene Arrest** soll nicht ein wesentlicher Theil des K.Proklama sein. Er schafft überhaupt keine neue Verbindlichkeiten und insbesondere auch kein Pfandrecht für die K.Gläubiger am Vermögen des G.Schuldners, vgl. Vorb. 2 vor § 1. Sein Zweck ist, „rechtsirrthümliche Zahlungen und Leistungen an den G.Schuldner thatsächlich zu verhüten." Die Weglassung des offenen Arrestes hat (mit alleiniger Ausnahme der in Anm. 2 erwähnten Anzeige) keinerlei rechtliche Bedeutung. Die Anweisung, dem G.Schuldner nichts zu leisten, schafft keine andern Rechte, als § 8 bestimmt, und die Kenntniß oder Unkenntniß vom „Arreste" ist für § 8 unwesentlich. Mot. 341 ff. Die im § 111 Abs. 3 vorgeschriebene besondere Zustellung an die Schuldner des G.Schuldners ist nach § 76 Abs. 3 nicht nöthig, beseitigt jedoch, wenn erfolgt, den im § 8 Abs. 3 sonst zugelassenen Gegenbeweis von der Nichtkenntniß.

2) Die im zweiten Theile des § 118 ausgesprochene **Verpflichtung zur Anzeige** vom Besitze von Sachen und von Absonderungsansprüchen wird durch den offenen Arrest erst begründet. Für diese Verpflichtung ist die Bekanntmachung des Arrestes wesentlich; mit welcher Tragweite, ergiebt § 119.

Die Verpflichtung trifft jeden Inhaber einer zur K.Masse gehörigen Sache. Die im E. § 113 Abs. 2 beabsichtigte Ausnahme für privilegirte Pfandanstalten ist von der R.K. beseitigt, vgl. Mot. 342, Prot. 79, 80. Der Ausdruck: Besitz bedeutet hier gemäß dem Zwecke der Vorschrift jede thatsächliche Gewalt über eine Sache; die Verpflichtung zur Anzeige liegt vielmehr dem bloßen Besitzdiener sogar noch im höheren Grade ob. In diesem Sinne stimmt der Ausdruck „Besitz" jetzt mit dem B.G.B. § 854 überein. Aber auch keine Art von Recht zum Besitze schließt von der Verpflichtung aus; sie besteht ohne Rücksicht, ob der Besitz auf persönlichem und dinglichem Rechtsgrunde beruht, ob die Inhaber retentions- oder absonderungsberechtigt, Faustpfandgläubiger oder Quasi-Faustpfandgläubiger, §§ 48, 49, sind. Indeß die Letzten, insbesondere Vermiether und Verpächter, auch dann mit der Verpflichtung zu belasten, wenn sie nicht besitzen, ist weder in den Mot. 342 (die für die Gläubiger des § 49 nur keine Ausnahme von der Verpflichtung des § 118 gelten lassen wollen), noch im Gesetze ausgedrückt. Durch die bloße Möglichkeit des Besitzes ist die gesetzlich im § 118 vorausgesetzte Wirklichkeit des Besitzes noch nicht gegeben. A.M. Stieglitz Note d. Auch auf Postsendungen, die dem G.Schuldner ausgehändigt werden sollen, also vor der Aushändigung noch nicht Theil der K.Masse sind, bezieht sich die Verpflichtung nicht, (vgl. § 121); ebenso nicht auf Transportsendungen, die nicht schon der Verfügung des G.Schuldners unterliegen. Vgl. Petersen-Kleinfeller Anm. 2.

Die Verpflichtung bezieht sich auf alle Sachen, die zur K.Masse gehören, bewegliche oder unbewegliche, verpfändete Sachen, zur Aufbewahrung oder zur Einziehung übergebene Schuldurkunden, Wechsel u. s. w.; indeß auch nur solche, die zur K.Masse ge-

Digitized by Google

hören, also nicht Sachen, die Jemand auf Grund eines anfechtbaren Geschäfts besitzt, da nicht diese Sachen selbst, sondern nur die entsprechenden Ansprüche auf Rückgewähr zur K.Masse gehören; auch nicht Sachen im Besitze eines Dritten, der für sie, falls sie im Besitze des G.Schuldners wären, aussonderungsberechtigt sein würde. Die nach § 118 verpflichteten Absonderungsberechtigten haben zugleich ihre Forderungen anzuzeigen.

Die Anzeige ist dem Verwalter zu machen. Eine Form ist indeß nicht vorgeschrieben. Jede, mündliche oder schriftliche, Anzeige genügt.

§ 119. (109.)

Wer die Anzeige über den Besitz von Sachen des Gemeinschuldners innerhalb der bestimmten Frist zu machen unterläßt, haftet für allen aus der Unterlassung oder Verzögerung der Anzeige entstehenden Schaden.

E. I. 118. P. 147.

1. Kenntniß des Arrestes und Beweislast. | 2. Schadensersatz.

1) Das Gesetz und auch die Mot. sprechen sich nicht ausdrücklich darüber aus, welchen Einfluß die **Kenntniß** oder Unkenntniß von der Erlassung **des Arrestes** oder der K.Eröffnung auf die Begründung des Schadensanspruchs und wie die **Beweislast** zu vertheilen ist. Mit der Unkenntniß der gesetzlichen Folgen einer Thatsache kann sich allerdings Niemand entschuldigen; aber die Unkenntniß der eine Verpflichtung begründenden Thatsache selbst ist für die Verpflichtung, die darauf gegründet wird, allerdings wesentlich. In den §§ 118, 119 ist als Erforderniß zur Begründung des Anspruch nur die öffentliche Bekanntmachung des Arrestes vorausgesetzt und deren Kenntniß nicht erwähnt. In dieser Beziehung bewendet es daher bei den allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Es kann an sich Niemandem vorgeworfen werden, daß er einer Aufforderung Folge zu leisten unterlassen hat, wenn er von der Aufforderung selbst keine Kenntniß hatte. Die KO. setzt jedoch grundsätzlich die Kenntniß der K.Eröffnung bei öffentlicher Bekanntmachung voraus und gestattet im § 8 dem Dritten nur den Gegenbeweis der Unkenntniß. Anm. 3 zu § 8. In der Regel wird auch die öffentliche Bekanntmachung eines Konkurses denen, die mit dem Kridar verkehrt haben, thatsächlich alsbald bekannt sein. Dasselbe muß für die Veröffentlichung des offenen Arrestes angenommen werden, zumal da der offene Arrest regelmäßig zugleich veröffentlicht werden soll, ohne daß jedoch hierfür eine gesetzliche Vermuthung aufgestellt ist. Ein Verschulden des Verpflichteten braucht daher zur Begründung des Anspruchs aus § 119 nicht nachgewiesen zu werden; die Entschädigungspflicht ist durch das Gesetz ohne solchen Nachweis begründet. Falls dagegen der Dritte seine Unkenntniß nachweist, so liegt ein „Unterlassen" im Sinne des § 119 hinsichtlich der „durch den Arrest auferlegten Verpflichtung" (§ 118) nicht vor, was auch der analogen Vorschrift des § 8 Abs. 3 entspricht. Dasselbe findet Anwendung, wenn der Dritte (Pfandleiher oder Anstalt) den Kridar als seinen Schuldner und als Verpfänder der Sache nicht kennt. Prot. 79; Endemann S. 150; Petersen-Kleinfeller Anm. 6; Sarwey-Bossert Anm. 1. Abw. behauptet Jäger Anm. 1 die Unzulässigkeit des Nachweises der Unkenntniß; zweifelhaft Böldern-dorff II zu e.

2) Die Verpflichtung beschränkt sich auf die Haftung für den „aus der Unterlassung oder Verzögerung der Anzeige entstehenden **Schaden**". Sie fällt also überhaupt fort, wenn der Verwalter die anzuzeigenden Verhältnisse vollständig kennt. Der Schaden wird hauptsächlich in Kosten bestehen, die durch Verzögerung der Verwerthung, besonderen Verkauf, eine Nachtheilung (§ 166) u. dergl. verursacht werden; er kann indeß auch in entgangenem Gewinne bestehen, der durch Entwerthung in Folge des Zeitverlaufs (Rodewaaren) oder in Folge veränderter Konjunkturen, Kurse ꝛc. entzogen ist. Hierbei ist davon auszugehen, daß der Verwalter bei zeitiger Anzeige seiner Verpflichtung gemäß gehandelt haben würde, § 82. — Gegen vorsätzliche Beschädigungen schützt auch § 242 Nr. 1.

Digitized by Google

§ 120. (110.)

Gläubiger, welche abgesonderte Befriedigung aus einer in ihrem Besitze befindlichen Sache beanspruchen, haben dem Verwalter auf dessen Verlangen die Sache zur Ansicht vorzuzeigen und die Abschätzung derselben zu gestatten.

E. I. 117.

1) Die im § 120 ausgesprochene Verpflichtung zur Vorzeigung und Gestattung der Abschätzung trifft jeden Inhaber einer Sache, der daraus abgesonderte Befriedigung beansprucht (also nicht Aussonderungsberechtigte) und setzt das Verlangen des Verwalters voraus. Der Verwalter hat sein Verlangen dem Besitzer zu erklären, wofür eine Form nicht vorgeschrieben ist, also jede genügt, vgl. § 77 Abs. 2. Im offenen Arreste ist die Aufforderung nicht schon enthalten und der sich nur auf diesen Arrest, § 118, beziehende § 119 ist (gegen Völderndorff zu e) auf das Zuwiderhandeln gegen § 120 nicht anwendbar. Die Haftung für etwaigen Schaden richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen. B.G.B. §§ 241 ff.

Der Anspruch ist derselbe, wie der im B.G.B. § 809 enthaltene. Schon nach dessen Vorschrift kann der Verwalter verlangen, daß ihm eine zur Masse beanspruchte Sache vorgelegt wird, wenn er sein Interesse nachweist. Dieses Nachweises bedarf es im Falle des § 120 nicht.

Der Verwalter hat immer das Interesse, zu ermitteln, ob und inwieweit sein theoretisch immer bestehender Anspruch, zur K.Masse den durch die Absonderungsforderung nicht in Anspruch genommenen Mehrwerth der Sache zu verlangen, ein praktisches Ergebniß verspricht. Daß der Verpflichtete eine eigene Thätigkeit zu entwickeln, die Sache an einen andern Ort zu schaffen, überhaupt die Ansicht an einem andern Orte zu gestatten, Transport- oder andere Kosten zu tragen habe, ist im § 120 nicht bestimmt und kann auch nach B.G.B. § 811 von ihm nicht verlangt werden. Wird der Verpflichtung des § 120 nicht genügt, so kann ihr der Verwalter nur durch Klage Folge verschaffen, die er in dem nach den Grundsätzen der C.P.O. zuständigen Gerichtsstande zu erheben hat. Streitgegenstand ist dann das Interesse des Verwalters an Vorzeigung und Abschätzung, vgl. C.P.O. § 3.

§ 121. (111.)

Die Post- und Telegraphenanstalten sind verpflichtet, auf Anordnung des Konkursgerichts alle für den Gemeinschuldner eingehenden Sendungen, Briefe und Depeschen dem Verwalter auszuhändigen. Dieser ist zur Eröffnung derselben berechtigt. Der Gemeinschuldner kann die Einsicht, und, wenn ihr Inhalt die Masse nicht betrifft, die Herausgabe derselben verlangen.

Das Gericht kann die Anordnung auf Antrag des Gemeinschuldners nach Anhörung des Verwalters aufheben oder beschränken.

E. I. 114. 119. P. 149. 152 Nr. 3.

1. Beschlagnahme.
2. Gegenstand der Beschlagnahme.
3. Anspruch des Schuldners.
4. Aufhebung der Beschlagnahme.

1) Mit Rücksicht auf die reichsgesetzlichen Bestimmungen über den Post- und Telegraphendienst (Ges. v. 28. Oktbr. 1871 § 5, Telegr.Ordn. v. 21. Juni 1872 §§ 3, 23, 24; Postordn. v. 20. Juni 1892; Str.G. §§ 299, 354, 355) ist das K.Gericht ermächtigt, die **Aushändigung der Sendungen an den Verwalter** anzuordnen. Die Anordnung unterliegt dem Ermessen des K.Gerichts und kann sofort bei der Eröffnung von Amtswegen, also auch ohne Antrag des Verwalters, erlassen werden. Wird die Anordnung vom Verwalter beantragt und der Antrag abgelehnt, so steht dem Verwalter dagegen die Beschwerde zu. Vgl. Prot 80, 81, 131. Eine Beschränkung der Anordnung auf eine bestimmte Zeitdauer ist sowohl gleich bei Erlassung der Anordnung, als auch später gemäß Abs. 2 zulässig. Ist keine zeitliche Beschränkung bestimmt, so gilt die Anordnung für die gesammte Dauer

Digitized by Google

des Konkurses, bis zu einer späteren Aenderung. Sachgemäß wird sie zunächst ohne Beschränkung erlassen, da sie nach Bedürfniß stets aufgehoben werden kann. Die Anordnung ist an die Post- und Telegraphen-Anstalten, d. h. an die Behörden oder deren Vorstand zu richten, die durch Ertheilung der nöthigen Anweisungen an ihr Personal für die Ausführung zu sorgen haben.

2) **Gegenstand der Beschlagnahme** können nur die an den G.Schuldner adressirten Sendungen sein. Nur diese gehen den Post- und Telegraphen-Behörden, sowie jedem Dritten gegenüber für den G.Schuldner ein. Eine Korrespondenz des G.Schuldners unter fremder Adresse und das aus einer Vereinbarung begründete Recht des G.Schuldners gegen einen Dritten auf Aushändigung eines an diesen gerichteten, nicht erkennbar für den G.Schuldner bestimmten Briefes berührt die Behörden nicht und giebt ihnen kein Recht, die Anordnung gegen Dritte anzuordnen oder auszuführen. Fitting § 37 zu II., Petersen-Kleinfeller Anm. 2. A.M. Völderndorff § 111 a. F. zu d. — Ueber Zustellungen durch die Post, die als „Sendungen" an den G.Schuldner ebenfalls dem Verwalter ausgehändigt werden müßten, hat das Reichspostamt in der Anweisung vom 26. Oktbr. 1899, Preuß. Justiz-Minist.-Blatt S. 722, § 5 Abs. 5 bestimmt, daß bei Anordnung der Beschlagnahme „die für den G.Schuldner bestimmten Briefe mit Zustellungsurkunde als unbestellbar zu behandeln sind". Der Absender erhält sie also zurück und muß die Zustellung an den G.Schuldner nöthigenfalls durch den Gerichtsvollzieher bewirken lassen.

3) **Der Schuldner hat Anspruch** darauf, die an ihn gerichteten, beim K.Verwalter eingehenden Sendungen zu sehen und, soweit sie nicht zur Masse gehören, an sich zu nehmen. Er „kann die Herausgabe verlangen" und diesen Anspruch nöthigenfalls im Klagewege verfolgen. Damit ist die in den früheren Auflagen dieses Buches vertretene Ansicht verlassen, daß die Frage, ob eine Sendung die Masse betrifft oder nicht, öffentlich-rechtlich sei und deshalb nur vom K.Gericht entschieden werden könne. Es liegt in der That kein Unterschied vor zwischen Briefen und anderen Gegenständen, von denen streitig ist, ob sie zur Masse gehören. Dieser Streit aber wird, darüber herrscht Einigkeit, nach den Grundsätzen des Privatrechts beurtheilt. Vgl. Anm. 23 zu § 1.

4) **Die Aufhebung** der Verfügung erfolgt lediglich auf Antrag des G.Schuldners, nicht von Amtswegen. A.M. Kohler S. 310. Der G.Schuldner kann sich entweder mit der sofortigen Beschwerde gegen die Anordnung an das Beschwerdegericht wenden, denn die Anordnung ist eine gegen ihn ergangene Entscheidung im Sinne des § 73 (a.M. Seuffert S. 291), — oder aber er kann beim K.Gericht die Aufhebung beantragen. In diesem Falle muß vor der Entscheidung der Verwalter gehört werden. Wird der Antrag abgelehnt, so hat auch gegen diese Entscheidung der G.Schuldner die sofortige Beschwerde. Sein Antrag kann sich außer auf Aufhebung auch auf Einschränkung der Beschlagnahme richten.

§ 122. (112.)

Der Verwalter kann zur Sicherung der zur Konkursmasse gehörigen Sachen durch eine zur Vornahme solcher Handlungen gesetzlich ermächtigte Person siegeln lassen.

Die Geschäftsbücher des Gemeinschuldners sind durch den Gerichtsschreiber zu schließen.

E. I. 121 ff. P. 137. 141—143.

1. Siegelung.
2. Ermächtigte Personen.
3. Schließung der Bücher.

1) **Die Siegelung** ist (abweichend vom E. I. § 121) nicht obligatorisch, sondern unterliegt dem Ermessen des Verwalters, der für die Siegelung und deren Unterlassung die Verantwortung gegen Gläubiger und G.Schuldner hat. Für die Frage, ob zu siegeln ist, sind einerseits der Zweck der Siegelung: „zur Sicherung der zur K.Masse gehörigen Sachen" sowie die im Interesse des Verwalters liegende urkundliche Feststellung des Vorgefundenen und in Besitz Genommenen, andererseits die durch die Siegelung herbeigeführte

Digitized by Google

Verzögerung der Verwerthung zu berücksichtigen. Das Wort: „der" ist nicht Druckfehler (statt: „die"). Der Zweck, daß „zur Sicherung der zur K.Masse gehörigen Sachen" gesiegelt werde, dient als Richtschnur für den Verwalter, damit er nicht bei jeder Gelegenheit mit der Siegelung vorgehe. Da der Verwalter von einer Siegelung gänzlich absehen kann, ist er auch befugt, einzelne Sachen nach seinem Ermessen von einer Siegelung auszuschließen. Mot. 344. Insbesondere sind sachgemäß Sachen ausgeschlossen, die dem Verderben oder der Entwerthung ausgesetzt sind, oder aus anderen Gründen schnell verkauft werden müssen, sowie solche, die unzweifelhaft an Dritte herausgegeben werden müssen oder deren Siegelung unverhältnißmäßige Kosten verursachen würde.

2) Durch **welche Personen** eine Siegelung erfolgen kann, um als amtliche zu gelten, und in welcher Weise sie vorzunehmen und zu beurkunden ist, bleibt der Landesgesetzgebung überlassen. Mot. 344. Die Einrichtung der Gerichtsschreiber und Gerichtsvollzieher, denen diese Geschäfte vornehmlich zufallen würden, ist nach G.V.G. §§ 154, 155 der „Landesjustizverwaltung" überlassen. Nach dem preuß. Ausf.Ges. z. G.V.G. vom 24. April 1878 §§ 70, 74, 108 sind die Notare unbedingt, die Gerichtsschreiber bei den Amtsgerichten „nur auf Anordnung des Richters", und die Gerichtsvollzieher „im Auftrage drs Gerichts oder des K.Verwalters" zur Vornahme von Siegelungen, Entsiegelungen und Inventuren zuständig. Wegen der Kosten vgl. Kost.-Ausf.-Ges. v. 10. März 1879 § 36. Die Siegelung erfolgt üblicherweise durch Siegelverschluß der Thüren und Zugänge der Räume und Behältnisse. Die Siegelung und Entsiegelung sind, wie durch § 124 bestätigt wird, durch Protokoll festzustellen.

Ueber das Ersuchen an andere deutsche Gerichte, wenn Sachen außerhalb des Bezirks des K.Gerichts gesiegelt werden sollen, vgl. Einl. § 4. Wegen der Beschlagnahme der im Auslande befindlichen Gegenstände wird, falls nicht besondere Staatsverträge geschlossen sind, die ausländische Behörde im diplomatischen Wege durch das Ministerium der auswärtigen Angelegenheiten zu ersuchen sein. Einl. § 4.

3) Abs. 2. **Die Schließung der Bücher muß** von Amtswegen sofort nach der K.Eröffnung durch den Gerichtsschreiber erfolgen, der dies mit Angabe der vorgefundenen Bücher und der eingeschriebenen Vermerke durch Protokoll festzustellen hat. Sie soll nicht bloß die eigentlichen Handelsbücher, sondern alle Geschäftsbücher des G.Schuldners, also namentlich auch die von ihm für Kunden gehaltenen Lieferungsbücher betreffen. Für Bücher, die nicht dem G.Schuldner allein, sondern ihm und Anderen gemeinschaftlich gehören, ist Abs. 2 nicht anwendbar. Busch 10, 399. Vgl. H.G.B. § 47. — Die Schließung soll nicht ein Bücherabschluß im technischen Sinne sein, sondern nur ein Vermerk an deren Schlusse, um Nachtragungen zu verhindern. Mot. 344. Prot. 83, 84. Ein Antrag, die Feststellung des äußeren Zustandes der Bücher zur Pflicht zu machen, ist von der R.K. abgelehnt. Prot. 83, 84.

§ 123. (§ 113.)

Der Verwalter hat die einzelnen zur Konkursmasse gehörigen Gegenstände unter Angabe ihres Werths aufzuzeichnen. Der Werth ist erforderlichen Falls durch Sachverständige zu ermitteln. Bei der Aufzeichnung ist eine obrigkeitliche oder eine Urkundsperson zuzuziehen. Der Gemeinschuldner ist zuzuziehen, wenn er ohne Aufschub zu erlangen ist.

Auf Antrag des Verwalters und, wenn ein Gläubigerausschuß bestellt ist, des letzteren, kann das Gericht gestatten, daß die Aufzeichnung unterbleibe oder ohne Zuziehung einer obrigkeitlichen oder einer Urkundsperson vorgenommen werde.

E. I. 123. P. 152—155. 301. 335.

1. Aufzeichnung.
2. Werthermittlung.
3. Form der Aufzeichnung.
4. Ausnahmen des Abs. 2.

Digitized by Google

1) **Die Aufzeichnung** soll, wenn nicht nach Abs. 2 eine Ausnahme gestattet wird, ohne Rücksicht darauf, ob gesiegelt ist oder nicht, erfolgen. Mot. 344. Sie soll alle „zur K.Masse gehörigen" Sachen umfassen, also auch die im Besitze Anderer befindlichen oder etwa mit Absonderungsrechten belasteten; ebenso die Schuldurkunden über Forderungen, Wechsel u. s. w.; indeß nicht diejenigen, die der Verwalter unzweifelhaft aussondern und nicht zur Masse ziehen will; wohl aber solche, bei denen ihm dies noch zweifelhaft ist. Die Verpflichtungen des Verwalters zur Aufzeichnung (Inventur) gemäß § 123, und ebenso hinsichtlich des Inventars und der Bilanz nach § 124 können durch Ordnungsstrafen, § 84, erzwungen werden. Außerdem macht sich der Verwalter durch Unterlassung oder Verzögerung dem G.Schuldner und den Gläubigern verantwortlich, § 82. Ohnehin liegen diese Maßregeln zur Feststellung der Masse im größten eigenen Interesse des Verwalters.

2) Ob eine **Werthermittelung** erforderlich sei (sie ist unnöthig z. B. bei sofortiger Versteigerung, beim Verkauf zu Markt- und Börsenpreisen, beim Fortbetriebe eines Geschäfts) und welche Sachverständige zuzuziehen sind, unterliegt dem Ermessen des Verwalters. Mot. 344, 345. Eine Beeidigung der Sachverständigen ist nicht vorgeschrieben. Da die Aufnahme der Inventur kein Akt des K.Gerichts ist, vgl. Satz 3, so sind § 75 und demnach auch C.P.O. § 410 nicht entsprechend anwendbar, also eine Beeidigung nicht nöthig. Zum Zwecke des § 123 dient auch die Vorschrift des § 120.

3) **Die Aufzeichnung soll amtlich beurkundet werden.** Die nähere Bestimmung des Begriffs einer „obrigkeitlichen oder Urkundsperson" bleibt der Landesgesetzgebung oder Landesjustizverwaltung überlassen, wie aus dem Fehlen einer reichsgesetzlichen Festsetzung von selbst folgt und die R.K. in Uebereinstimmung mit den Regierungsvertretern festgestellt hat. Prot. 84. Vgl. C.P.O. §§ 415, 418. Für Preußen vgl. Anm 2 zu § 122; für Bayern, Hessen, Elsaß-Lothringen, Württemberg, Mecklenburg vgl. Meisner S. 286, 287. — **Die Zuziehung des G.Schuldners** ist nur erforderlich, wenn sie keinen Aufschub zur Folge hat. „Ohne Aufschub" hat hier, wie für alle Verwaltungsakte in der K.O., keine absolute Bedeutung, sondern bedeutet sachgemäß: ohne Vereitelung des Zwecks und ohne nachtheilige Folge des Abwartens. Eine besondere Benachrichtigung der Dienstbehörde von der Inventur ist im amtlichen Interesse außer der im § 112 vorgeschriebenen Benachrichtigung von der K.Eröffnung nicht nöthig gefunden; ebensowenig ein Privileg dieser Behörde, Utensilien des G.Schuldners für den Taxwerth zu erwerben (P. § 154).

4) Die Gestattung der **Ausnahme im Abs. 2** kann, wenn ein G.Ausschuß bestellt ist, nur auf dessen und des Verwalters übereinstimmenden Antrag erfolgen; sonst nur auf Antrag des Verwalters. Ueber das Recht zur Beschwerde vgl. Anm. 6—8 zu § 73. Die Unterlassung der Aufzeichnung kann überhaupt oder für einen Theil der Gegenstände, desgleichen auch nur für die Werthangabe, Prot. 84, gestattet werden. In Aussicht genommen sind namentlich Fälle, in denen neuerdings Inventuren vorgenommen, Lagerbücher glaubwürdig sind, sofortiger Verkauf eines Geschäfts im Ganzen erfolgen soll und dergl.

§ 124. (114.)

Dem Verwalter liegt die Anfertigung eines Inventars und einer Bilanz ob. Derselbe hat eine von ihm gezeichnete Abschrift des Inventars und der Bilanz und, wenn eine Siegelung und Entsiegelung stattgefunden hat, die Protokolle über dieselben auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Betheiligten niederzulegen.

E. I. 123. P. 153 Abs. 4 155.

1. Erfordernisse für Inventar und Bilanz. | 2. Offenlegung für die Betheiligten.

1) **Die Erfordernisse für Inventar und Bilanz** sind nicht besonders bestimmt. Sie ergeben sich indeß aus der Bestimmung, die Vermögenslage des G.Schuldners, wie sie sich durch den Konkurs den Gläubigern gegenüber gestaltet, für den Verwalter selbst, sowie für alle Betheiligten und für die Aufsicht des Gerichts, dem nach § 124 eine Ab-

Digitized by Google

schrift einzureichen ist, darzustellen, über die Theilungsmasse (Aktivmasse) und die Gläubiger eine vollständige Uebersicht zu gewinnen und demnächst (vgl. § 161) die Realisirung aller Vermögensobjekte zu kontrolliren. Es kann auf das H.G.B. § 40 verwiesen werden. Indeß ergiebt sich aus dem Zwecke der Uebersicht für den Konkurs, daß diese Bestimmungen allein noch nicht genügen, sondern auch die Absonderungs-Objekte und Ansprüche, Masseschulden, Vorrechte, Aussonderungsansprüche, Gemeinschaftsverhältnisse, § 51, auch etwa vorhandene Rückgriffsrechte des G.Schuldners auf Mitschuldner hervorzuheben sind, desgleichen die Bezeichnung der Mitverpflichteten, z. B. auf Wechseln, und des Grundes der Haftung, und für Forderungen die Angabe der Verfallzeit rathsam ist. Mot. 345, 346. — Das Inventar hat unter Berücksichtigung der eben erwähnten Momente zum Unterschiede von der im § 123 vorgeschriebenen Aufzeichnung eine übersichtliche Zusammenstellung der zu einander gehörigen Gegenstände nach Titeln oder Rubriken geordnet, und insbesondere auch die in die Aufzeichnung nicht gehörigen Passiva, sowie die Forderungen des G.Schuldners zu enthalten. Die Benutzung des bei den preußischen Gerichten üblichen, für das Inventar eines Nachlasses angegebenen Formulars würde trotz mangelhafter Systematik in der Nebeneinanderstellung, mit einer Kolonne für „Bemerkungen" bereichert, schon deshalb zweckmäßig sein, um auf alle möglichen Vermögensgegenstände aufmerksam zu machen. Vgl. Beispiel für Inventar und Bilanz in Wilmowski, Konkursverf. an einem Rechtsfalle dargestellt, Berlin bei Vahlen. — Die Bilanz hat eine nur die Gesammtwerthbestände enthaltende Zusammenstellung des Aktivvermögens (etwa noch unter gesonderter Bezeichnung der Gesammtsummen des unbeweglichen und des beweglichen Vermögens und der Aktivforderungen, der Werthpapiere und des baaren Geldes), ferner der Gesammtbeträge der Aussonderungs- und Masseansprüche, der Hypothenschulden, der sonstigen Absonderungsansprüche, der bevorrechtigten und der nicht bevorrechtigten K.Forderungen zu enthalten. Für kaufmännische Geschäfte kann die Bilanz, indeß mit Berücksichtigung der erwähnten für den Konkurs erheblichen Momente, an die sonst übliche kaufmännische Form anschließen.

2) **Die Niederlegung** auf der Gerichtsschreiberei erfolgt zur Einsicht der Betheiligten. Die Mot. bemerken: „Abschrift gegen Kostenerstattung werde nicht leicht versagt werden: jedem Betheiligten aber ein ausdrückliches Recht hierauf einzuräumen (vgl. preuß. Ges. v. 12. März 1869 zu § 155 K.O.), erscheint mit Rücksicht auf die zu erstrebende Verminderung des Schreibwerks bei den Gerichten bedenklich." Mot. 346. Ebenso Mot. v. 1873 II. S. 73. Indeß die Bestimmung des § 124 schließt die nach § 72 gebotene entsprechende Anwendung des § 299 C.P.O. nicht aus. Für diese „entsprechende" Anwendung sind auch die K.Gläubiger zumal mit Rücksicht auf ihr Widerspruchsrecht gegen andere Gläubiger Parteien und können daher namentlich Abschrift des Inventars und der Gläubigerverzeichnisse verlangen. Vgl. Kammerger. u. L.G. Gera, Busch 20, 492 ff. A.M. beschränkend auf Akte, bei denen der Gläubiger als parteiartig betheiligt anzusehen sei unter Ausschließung von Gläubigerverzeichnissen. L.G. Metz, Busch 18, 525. — Betheiligt sind G.Schuldner, K.Gläubiger, Personen, die Aussonderungsansprüche geltend machen, die Mitglieder des G.Ausschusses, auch wenn sie keine K.Gläubiger sind.

§ 125. (115.)

Nach der Anfertigung des Inventars kann der Verwalter oder ein Konkursgläubiger den Gemeinschuldner in eine Sitzung des Amtsgerichts, bei welchem das Konkursverfahren anhängig ist, zur Leistung des Offenbarungseides laden.

E. I. 125—127. P. 156.

1. Offenbarungseid.
2. Eidesgläubiger.
3. Zuständigkeit.
4. Verfahren.

1) **Der Offenbarungseid** kann vom G.Schuldner erst nach der Anfertigung des Inventars geleistet werden, weil das Inventar die Grundlage für die Vollständigkeit der

Digitized by Google

Angaben des G.Schuldners über sein Vermögen sein soll. Der Eid kann sich sinngemäß nur auf die Aktiva des Vermögens beziehen, weil nur diese für den Verwalter und die Gläubiger von Interesse sind. Forderungen, die nicht angemeldet sind, darf der Verwalter gar nicht berücksichtigen, auch wenn er sie kennt, und die beschworene Angabe des G.Schuldners, daß eine Forderung gegen ihn bestehe, sichert dem Gläubiger nicht deren Feststellung. Auch wird durch § 72 auf C.P.O. § 807 verwiesen, wo zweifellos nur von Aktivvermögen die Rede ist. Abweichend die frühere Auflage. — Das Vermögen, das der G.Schuldner anzugeben hat, ist nur das nach §§ 123, 124 vom Verwalter in sein Verzeichniß und das demnächstige Inventar Aufzunehmende, also nur das in die Masse Fallende. A.M. Jäger Anm. 1. Die Eidesnorm lautet deshalb dahin, daß der G.-Schuldner sein zur K.Masse gehöriges Vermögen so vollständig angegeben habe, als er dazu im Stande sei.

Den Eid zu leisten hat der G Schuldner, bei geschäftsunfähigen Personen und bei juristischen Personen der gesetzliche Vertreter, im Nachlaßkonkurse der Erbe. Gegen Andere, als den G.Schuldner, also gegen Angehörige, Bevollmächtigte, Dienstboten u. s. w. ist (abweichend von E. I. § 126) eine Verpflichtung zur Leistung des Eides nicht aufgestellt.

2) **Berechtigt zum Verlangen** der Eidesleistung sind nur der Verwalter und jeder K.Gläubiger, also auch die Absonderungsberechtigten, wenn sie zugleich K.Gläubiger sind, dagegen nicht das K.Gericht. Eine Beschränkung auf K.Gläubiger, deren Forderungen schon festgestellt sind (so Endemann S. 457, Kohler S. 396), ist im Gesetze nicht vorgeschrieben und die Erfordernisse einer Zwangsvollstreckung nach C.P.O. § 807 sind nicht für nöthig erklärt, vgl. Mot. 346, Fitting § 37 II, Sarwey-Bossert, Stieglitz, Petersen-Kleinfeller und Völderndorff zu § 125. Indeß wird zur Geltendmachung eines Rechtes der K.Gläubiger als vorausgesetzt gelten müssen, daß die Forderung angemeldet ist und die Anmeldung nicht schon als unzulässig zurückgewiesen ist, weil nur ein solcher Gläubiger Rechte als Konkursbetheiligter im Konkurs ausüben kann. Daß die Anmeldung im Prüfungstermine als zulässig erklärt und behandelt und zur Prüfung zugelassen ist, kann nicht verlangt werden; a.M. Oetker S. 519, vgl. Anm. 2 zu § 140; dies würde das Recht unpraktisch bis nach der Prüfungsverhandlnng verzögern. Indeß kann der G.Schuldner die K.Gläubigerschaft bestreiten, vgl. Anm. 4.

3) Die Fassung des § 125 ergiebt, daß **das Amtsgericht den Offenbarungseid nicht als K.Gericht abnehmen soll.** Die Abnahme des Eides ist also nicht ein Theil des K.Verfahrens, sondern fällt außerhalb des Verfahrens. Es wird nur der Verwalter und jeder K.Gläubiger für berechtigt erklärt, vom G.Schuldner die Leistung des Eides zu fordern, so wie sonst ein Schuldner unter den Voraussetzungen der C.P.O. § 807 den Eid zu leisten verpflichtet ist. Dem entsprechend handelt das Amtsgericht als Vollstreckungsgericht (C.P.O. § 899) und das Verfahren beginnt (wie nach C.P.O. § 900 Abs. 1) damit, daß der Antragsteller den G.Schuldner laden läßt, wofür die Vorschriften der C.P.O. §§ 166 ff., 214 ff. für amtsgerichtliches Verfahren anwendbar sind. Dadurch, daß im § 125 das Amtsgericht, bei dem das K.Verfahren anhängig ist, für zuständig erklärt ist, wird es auch dann zuständig, wenn seine Zuständigkeit auch C.P.O. § 899 nicht begründet sein würde.

4) **Das Verfahren** regelt sich nach den Vorschriften der C.P.O. §§ 900—913. Die Vorschrift des § 900 Abs. 2, daß über die von dem Schuldner bestrittene Verpflichtung zur Leistung des Eides vorab rechtskräftig durch Urtheil zu entscheiden ist, bevor die Eidesleistung erfolgen soll, ist in den Mot. 346 nicht als entsprechend anwendbar bezeichnet, jedoch bemerken die Mot. auch nicht das Gegentheil. In der That ist die Vorschrift entsprechend anwendbar. Vorab zu entscheiden ist immer über die Verpflichtung, sofern sie bestitten wird, namentlich ob im schwebenden Konkurse die Voraussetzungen des § 125 vorliegen, also ob ein Antrag eines Antragsberechtigten und zwar nach Anfertigung des Inventars gestellt ist, oder etwa der Eid gemäß § 125 schon geleistet ist. Bestreitet der G.Schuldner seine Verpflichtung, insbesondere also die K.Gläubiger-Eigenschaft eines Antragstellers, so ist darüber nach § 900 Abs. 2 zuvor vom Vollstreckungsgerichte zu entscheiden.

Digitized by Google

Ist die Forderung eines Gläubigers festgestellt, so ist dadurch seine Eigenschaft als K.Gläubiger für den Konkurs auch dann entschieden, wenn der G.Schuldner die Forderuug selbst oder ihre Eigenschaft als K.Forderung bestreitet. — Ferner fügen die Mot. hinzu: die §§ 903, 914 entziehen sich einer Anwendung. Mot. 346. Die Voraussetzung des § 903, daß der Schuldner später noch Vermögen erworben haben könne, hat allerdings für Verwalter und K.Gläubiger keine Bedeutung, da ein späterer Erwerb nicht zur K.Masse gehört, § 1. Dagegen wird § 903 in dem negativen Theile seiner Vorschrift entsprechend dahin anwendbar zu erachten sein, daß ein G.Schuldner, der einmal den Eid gemäß § 125 geleistet hat, ihn auf den Antrag anderer Antragsteller nicht noch einmal zu leisten hat. — Im Falle der Weigerung ist gegen den G.Schuldner die Haft durch das Vollstreckungsgericht nach §§ 901, 902 zulässig; nicht durch das K.Gericht nach K.O. § 101, da das Verfahren gemäß § 125 außerhalb des K.Verfahrens unter die Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts fällt. So lange der G.Schuldner die Leistung des Eides weigert, ist nach § 175 Nr. 1 ein Zwangsvergleich unzulässig. Gerichtskosten werden für das Verfahren aus § 125 nicht erhoben. Ger.-Kost.-Ges. § 56.

§ 126. (116.)

Die Zwangsverwaltung und die Zwangsversteigerung der zur Masse gehörigen unbeweglichen Gegenstände kann bei der zuständigen Behörde durch den Konkursverwalter betrieben werden.

E. I. 128. P. 263—271.

Zu §§ 126, 127.

1. ratio legis.
2. Rechtlicher Charakter der Befugnisse aus §§ 126, 127.

Zu § 126.

3. Inhalt des Rechtes des Verwalters.
4. Verfahren der Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung.
5. Behandlung der mithaftenden beweglichen Gegenstände.
6. Befugnisse des absonderungsberechtigten Immobiliargläubigers.
7. Befugnisse der persönlichen K.Gläubiger.

1) Der vornehmlichste Grund, weshalb dem Verwalter die in den §§ 126, 127 bestimmten Befugnisse gegeben sind, ist der, daß auch dann, wenn Absonderungsansprüche bestehen, die betreffenden Gegenstände einen Teil der K.Masse bilden, der Ueberschuß nach Befriedigung der Absonderungsberechtigten zur K.Masse gehört und der Verwalter zur Erfüllung des K.Zweckes im Interesse der K.Gläubiger deshalb das Recht haben soll, die Verwerthung auch dann herbeizuführen, wenn die Absonderungsberechtigten die Veräußerung aus Gründen ihres Interesses nicht betreiben wollen oder, insbesondere mangels Fälligkeit ihrer Forderung nicht betreiben können. Der Verwalter wird danach ermächtigt, für unbewegliche Gegenstände die Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung zu betreiben, bewegliche Gegenstände nach Maßgabe der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung oder über den Pfandverkauf zu verwerthen.

2) Das dem Verwalter gestattete **Verfahren ist keine wirkliche Zwangsvollstreckung.** Inwieweit aber die Vorschriften einer im Wege der Zwangsvollstreckung stattfindenden Versteigerung Anwendung finden, ist nicht unstreitig. Die Lage weicht jedenfalls insofern von der gewöhnlichen Lage der Zwangsvollstreckung ab, als man annehmen muß, der Verwalter vereinige in einer Person die Rolle des Schuldners und des betreibenden Gläubigers (Denkschrift zum Zw.Verst.Ges. § 172). Das bedeutet aber soviel, daß in Wirklichkeit eine dieser beiden Personen fehle. Insofern liegt also eine wirkliche Zwangsvollstreckung nicht vor. Andererseits aber wird das vom Verwalter einzuschlagende Verfahren im § 126 als Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung bezeichnet, auf die nach dem Zw.Verst.Ges. § 172 die Vorschriften dieses Gesetzes über die Zwangsvollstreckung entsprechende Anwendung finden, und ebenso ist im § 127 die Anwendung der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung wenigstens wahlweise angeordnet. Daraus ergiebt sich, daß für den Betrieb der Veräußerung nach den §§ 126 und 127 ein Vollstreckungstitel nicht

Digitized by Google

beigebracht zu werden braucht, daß der Verwalter vielmehr nur nachzuweisen hat, der zu veräußernde Gegenstand unterliege seiner Verfügungsbefugniß. Dazu kann der Eröffnungsbeschluß oder die Bestallungsurkunde dienen, einer vollstreckbaren Ausfertigung des Eröffnungsbeschlusses bedarf es (gegen die frühere Auflage) nicht. Das Verfahren selbst aber unterliegt in allen Punkten und mit allen Wirkungen auch gegen Dritte den Vorschriften der wirklichen Zwangsvollstreckung. Es sind daher namentlich auch die §§ 771 und 805 C.P.O. anwendbar. Der Verwalter hat, wenn er von den Befugnissen der §§ 126, 127 Gebrauch macht, auch mit den für den Fall einer Zwangsvollstreckung gegebenen Rechten dritter Personen zu rechnen. Ebenso Jaeckel, Zwangsversteigerung Anm. 1 zu § 172, im Ergebnisse Sarwey-Bossert, Jäger Anm. 2; **RG. 42**, 89 ff.; a.M. Petersen-Kleinfeller Anm. 9. Auch das Einlösungsrecht eines Dritten gemäß B.G.B. § 268 ist (gegen Jäger) nicht ausgeschlossen. Nur muß die Bestimmung so angewendet werden, daß der Dritte die Forderungen aller K.Gläubiger zu bezahlen hat, weil in ihrem Interesse, zu ihrer Befriedigung die Zwangsveräußerung vorgenommen wird. Bei Grundstücken ist jedoch nach den besonderen Vorschriften für deren Versteigerung die Anwendung auch eine andere; vgl. Anm. 6 a. E. Ebenso, wie der Verwalter das Zwangsvollstreckungsverfahren betreiben darf, kann er ihm auch nach den Vorschriften des Zw.Verst.Ges. und der C.P.O. wie ein anderer Gläubiger *beitreten*, um auf diese Weise sein Interesse an der Durchführung des Verfahrens wahrzunehmen.

3) **Der Grund und Zweck des Gesetzes führte dazu, den Verwalter zunächst zu ermächtigen,** unbewegliche Gegenstände in einem Verfahren zu verwerthen, dessen Ergebniß für alle Absonderungsberechtigten in der Art maßgebend sein sollte, daß sie der Gefahr des Ausfalles ausgesetzt waren; das ist das Verfahren der Zwangsversteigerung. In kleineren Gebieten bestand schon bei Einführung der K.O. der Grundsatz, daß Grundstücke im Wege der Zwangsversteigerung nur für ein Gebot zugeschlagen werden durften, durch das alle Absonderungsberechtigten gedeckt wurden. Seitdem ist erst partikularrechtlich und nunmehr durch das Zw Verst.Ges. § 44 dieser Grundsatz für Grundstücke und die ihnen gleich geachteten Rechte (B.G.B. §§ 1017, C.P.O. §§ 864, 870) allgemein durchgeführt; das ältere Recht ist nur für die in Ansehung der Zwangsvollstreckung als unbewegliche Sachen geltenden Schiffe aufrecht erhalten, § 169 Abs. 1 a. a. O. Durch diese Aenderung der Gesetzgebung ist das Recht des Verwalters, die Zwangsversteigerung eines zur Masse gehörigen unbeweglichen Gegenstandes zu betreiben, wesentlich geändert. Kann der Verwalter gegen die Realberechtigten den Zuschlag nur für ein Gebot erzwingen, durch das sie alle gedeckt werden, so bietet ihm die Zwangsversteigerung keinen größeren Vortheil als der freihändige Verkauf, der auch auf Grund einer freiwilligen Versteigerung vorgenommen werden kann, bei dem er aber nicht der Gefahr ausgesetzt ist, die Kosten einer mißlungenen Zwangsversteigerung tragen zu müssen. Die Möglichkeit, daß einer der Berechtigten in dem Zwangsverfahren durch seine Nachlässigkeit einen Verlust erleidet, kann dabei nicht in Betracht kommen (gegen Jäger Anm. 1). Die Zulässigkeit der Zwangsversteigerung gewährt jedoch immer noch den Vortheil, daß mit ihr die Veräußerung, soweit sie überhaupt zum Vortheil der K.Masse gereicht, ausgeführt werden kann, wenn der Verwalter die Genehmigung zu einem freihändigen Verkauf (§ 134) nicht erlangen kann, und daß ein den freihändigen Verkauf beeinträchtigendes dingliches Vorkaufsrecht in der Zwangsversteigerung nicht geltend gemacht werden kann (B.G.B. §§ 1098, 512). — Ebenso bietet die Zwangsverwaltung für die K.Masse regelmäßig keine Vortheile, da vielmehr der Verwalter mit ihr die Möglichkeit aus der Hand giebt, über die Nutzungen zum Vortheil der K.Masse zu verfügen, so lange eine Beschlagnahme nicht erfolgt ist. Aber die Zwangsverwaltung giebt andererseits dann, wenn es für die K.Masse vortheilhaft ist, Verwendungen zur Erhaltung oder nöthigen Verbesserung eines Grundstücks zu machen, die Möglichkeit, die Erstattung solcher Auslagen an die K.Masse zu sichern, sofern es nur gelingt, in einer sich anschließenden Versteigerung den Zuschlag zu erzielen (Zw.Verst.Ges. § 10 Abs. 1 Z. 1, § 172). Bei Schiffen ist die Zwangsverwaltung überhaupt ausgeschlossen, C.P.O. § 870 Abs. 2. — Bei dem Antrage auf Zwangsversteigerung oder Zwangsver-

Digitized by Google

waltung darf sich der Verwalter nur von dem Interesse der K.Gläubiger leiten lassen. Die Absonderungsberechtigten als solche hat er nicht zu vertreten, RG. 13. März 1889, JW. 170, Prot. 84–86. Er wird also das Verfahren nicht beantragen dürfen, wenn ein Ueberschuß für die K.Masse nicht zu erwarten ist. — Daß Absonderungsrechte geltend gemacht werden oder bestehen, ist keine Voraussetzung für die Anwendung des § 126; dieser sagt davon Nichts.

4) **Das Verfahren**, das zur Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung einer unbeweglichen Sache auf Antrag des K.Verwalters eingeleitet ist, unterliegt der entsprechenden Anwendung der Abschnitte 1 u. 2 des Zw.Verst.Ges., die durch die §§ 173, 174 desselben Gesetzes für den besonderen Fall beeinflußt werden. Danach wirkt zunächst der das Verfahren einleitende Beschluß nicht als Beschlagnahme gegen den Verwalter. Eine solche, die dem Grundstückseigenthümer die thatsächliche und rechtliche Verfügung über den beschlagnahmten Gegenstand entziehen soll, ist gegen den G.Schuldner nicht mehr nöthig. Die Beschlagnahme ist aber auch nach Zw.Verst.Ges. § 13 für die Abgrenzung der laufenden und rückständigen Beträge wiederkehrender Leistungen von Bedeutung und sie bestimmt nach § 55 a. a. O. die Gegenstände, die von der Versteigerung mit ergriffen werden. In diesen beiden Punkten soll die an den Verwalter erfolgte Zustellung des Beschlusses, der das Verfahren einleitet, die Wirkung einer Beschlagnahme haben. Vgl. zu diesen Besonderheiten Anm. 5. — Die weitere im § 174 a. a. O. gegebene Abweichung bezieht sich auf das Recht des Absonderungsberechtigten. Vgl. hierzu Anm. 6.

Aus den besonderen Umständen, unter denen der Verwalter die Zwangsversteigerung betreiben kann, ergiebt sich noch eine weitere Abweichung von den Vorschriften des Zw.-Vers.Ges. Nach § 17 Abs. 1 dieses Gesetzes darf die Zwangsversteigerung nur angeordnet werden, wenn der Schuldner (im Konkurse der G.Schuldner) als Eigenthümer des Grundstücks eingetragen oder Erbe des eingetragenen Eigenthümers ist. Die Befugniß des Verwalters erstreckt sich auch auf solche Grundstücke, die in Folge Anfechtung zurückgewährt werden müssen. Die Zurückgewährung führt aber nicht dazu, daß der G.Schuldner wieder als Eigenthümer eingetragen wird. Es muß deshalb genügen, daß der eingetragene Eigenthümer als Anfechtungsbeklagter verurtheilt wird, die Zwangsversteigerung zu dulden. RG. 6. Juli 1903. JW. S. 432. Vgl. Anm. 7, 8c zu § 37.

Das Verfahren findet vor dem Vollstreckungsgericht statt und unterliegt den Fristen und Formen einer gewöhnlichen Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung. Wird die Zwangsversteigerung eingeleitet, so behält der K.Verwalter die Verwaltung und Nutznießung des Grundstücks, erfolgt Zwangsverwaltung, so verliert er sie gerade so wie der G.Schuldner. Er ist nicht etwa als K.Verwalter auch Zwangsverwalter, kann aber natürlich als solcher vom Vollstreckungsgericht bestellt werden. — Im Uebrigen ergiebt sich aus der entsprechenden Anwendung der beiden ersten Abschnitte des Zw.Verst.Ges., daß der K.-Verwalter als die Person, die das Verfahren betreibt, gehalten ist, die vom Vollstreckungsgericht eingeforderten Vorschüsse zu zahlen, z. B. den nach Zw.Verst.Ges. § 161 Abs. 3, daß er aber anderseits den G.Schuldner, also den Exequenden vertritt. Als solcher hat er, wenn er für die Masse bietet, die dem Schuldner nach Zw.Verst.Ges. § 68 Abs. 3 obliegende erhöhte Sicherheit zu leisten. (Der Fall ist bei dem doppelten Ausgebot des § 174 a. a. O., s. Anm. 6, sehr wohl denkbar.) — Die Kosten für das Verfahren fallen nicht unter die Gebühren des K.Verfahrens, sondern werden gemäß G.K.G. § 55 besonders erhoben.

5) Aus der eigenthümlichen Gestaltung der Beschlagnahme in dem nach § 126 eingeleiteten Verfahren ergeben sich, abgesehen von der ohne Weiteres einleuchtenden Anwendung der Vorschrift des Zw.Verst.Ges. § 13, Besonderheiten für die **Behandlung der einer Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen unterliegenden beweglichen Gegenstände** (vgl. Anm. 3d zu § 47). Soweit sie bei der Versteigerung noch vorhanden sind und nicht nach B.G.B. § 1122 von der Mithaftung befreit sind, gelten sie gemäß Zw.Verst.Ges. § 55 als mitversteigert. Es fragt sich aber, inwieweit der Verwalter nach der Zustellung des Einleitungsbeschlusses über diese Gegenstände zum Nachtheil des Hypothekengläubigers noch verfügen kann.

Digitized by Google

Bei diesen Gegenständen ist zu unterscheiden zwischen Zubehörstücken und andern Gegenständen. Die Zubehörstücke dürfen nicht gepfändet werden, die übrigen Gegenstände unterliegen der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen, solange nicht ihre Beschlagnahme im Wege der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen erfolgt ist. C.P.O. § 865. Werden Zubehörstücke trotzdem gepfändet, so kann jeder Hypothekengläubiger (oder ihm gleichstehende Berechtigte) die Aufhebung der Pfändung verlangen und allenfalls im Wege der Klage durchsetzen, vgl. Begr. der Nov. zur C.P.O. S. 182. Danach darf der Verwalter diese Stücke nicht zum Nachtheil der Hypothekengläubiger von dem Grundstück trennen, da seine Verwerthung der Gegenstände für die K.Gläubiger in dieser Hinsicht einer Zwangsvollstreckung gleich zu achten ist. RG. 42, 85 ff. Die Hypothekengläubiger haben daher auf jeden Fall ein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus den Zubehörstücken oder deren Erlös, obgleich der Verwalter bei dem Mangel einer Beschlagnahme in der Lage ist, sie zu veräußern. Die Entscheidungen des RG. 42, 85, 25, 18, die zur Wahrung des Hypothekenrechts an den Zubehörstücken eine besondere Geltendmachung vor der Veräußerung verlangen, beziehen sich auf das Preuß. Zw.Verst.-Ges. von 1883, nach dessen § 206 auch die Zubehörstücke der Pfändung unterlagen und nur auf Widerspruch des Hypothekengläubigers freigegeben werden mußten. A.M. ohne Rücksicht auf den Wechsel der Gesetzgebung Jaeckel Anm. 1 u. 2 zu § 173. —

Die Gegenstände, die nicht Zubehör sind, kann der Verwalter frei veräußern und der Hypothekengläubiger hat in Ansehung dieser Gegenstände keine andere Rechte, als diejenigen, die ihm durch B.G.B. §§ 1133—1135 (Sicherungsmaßregeln) beigelegt sind.

6) **Die Absonderungsberechtigten** haben ein selbständiges Recht, die Zwangsvollstreckung in das ihnen verhaftete unbewegliche Vermögen zu betreiben. Dieses Recht wird weder durch die K.Eröffnung berührt, weil die abgesonderte Befriedigung unabhängig vom K.Verfahren erfolgt und § 14 nur die K.Gläubiger beschränkt, noch durch die Einleitung der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung für den K.Verwalter. Diesem Verfahren können sie beitreten. Auch ohne Beitritt dürfen sie im Verfahren ihr Interesse betreiben, das darin besteht, gemäß §§ 64, 153 rechtzeitig den Ausfall an der Befriedigung aus dem unbeweglichen Vermögen als K.Gläubiger geltend machen zu können. Hierfür ist ihnen das im Zw.Verst.Ges. § 174 bestimmte Recht gegeben. Die vom K.Verwalter betriebene Zwangsversteigerung geschieht im Interesse aller K.Gläubiger, also der persönlichen Gläubiger, und nach dem Grundsatze des „geringsten Gebots", wonach alle Vormänner des betreibenden Gläubigers bei der Versteigerung gedeckt sein müssen, sind in das geringste Gebot alle Realgläubiger aufzunehmen. — Bei solchem Gebot kommt aber im Falle des Konkurses eine Versteigerung höchst selten zu Stande und die Folge davon würde sein, daß die Absonderungsberechtigten eine Feststellung ihres Ausfalls zu erzielen außer Stande sind. Deshalb kann jeder Absonderungsberechtigte, der zugleich persönlicher Gläubiger des G.Schuldners ist, bis zum Schlusse der Verhandlung im Versteigerungstermin verlangen, daß bei der Feststellung des geringsten Gebots nur die seinem Anspruche vorgehenden Rechte berücksichtigt werden. Das Grundstück muß in diesem Falle doppelt ausgeboten werden. Den Zuschlag erhält das höchste Gebot. Wird also ein alle Realgläubiger deckendes Gebot mit der Bedingung erzielt, daß nur der Ueberschuß baar zu zahlen ist, so ist damit das Recht der Absonderungsberechtigten erschöpft, sie haben nicht, wie Jaeckel, Komm. zum Zw.Verst.Ges. § 174 Anm. 4 will, den Anspruch, daß lediglich das von ihnen verlangte Ausgebot berücksichtigt wird, mit dem nur ein geringeres Gebot erzielt ist. Ist die Hypothek eines Absonderungsberechtigten werthlos, so hat der Gläubiger doch nicht, wie a. a. O. angenommen wird, Anspruch darauf, auszufallen; um als K.Gläubiger seine Forderung anmelden zu können, braucht er gemäß § 64 K.O. nur auf abgesonderte Befriedigung zu verzichten. Das Einlösungsrecht des B.G.B. § 268 (s. Anm. 2) kann gegen den Absonderungsberechtigten, der die Herabsetzung des geringsten Gebots verlangt, ausgeübt werden, um diese gefahrdrohende Herabsetzung auszuschließen. Wird das Verfahren von dem Verwalter und zugleich von einem Gläubiger betrieben, so kann das jedem Hypothekengläubiger beigelegte Recht nur von einem dem betreibenden Gläubiger vorgehenden

Digitized by Google

Gläubiger praktisch ausgeübt werden. Dagegen ist dann unter der Bedingung der Uebernahme aller Hypotheken nicht auszubieten, da das Recht der betreibenden Gläubiger vorgeht.

7) Schwebt ein Verfahren auf Antrag eines **persönlichen (Konkurs-)Gläubigers**, so bleibt es gemäß § 13 von der K.Eröffnung unberührt, wenn die Beschlagnahme für den betreibenden Gläubiger vor der K.Eröffnung erfolgt ist und nicht angefochten wird, § 30 Nr. 2. Die Beschlagnahme gewährt ein Recht auf abgesonderte Befriedigung (vgl. Anm. 2 zu § 13). Ein Verfahren dagegen, das noch nicht zur Beschlagnahme geführt hat, wird durch die K.Eröffnung unterbrochen und muß mangels eines zur Betreibung berechtigten Gläubigers in entsprechender Anwendung des Zw.Verst.Ges. § 29 aufgehoben werden. Selbstverständlich kann auch nach § 14 der einzelne K.Gläubiger *nach* der K.-Eröffnung eine Zwangsvollstreckung gegen den G.Schuldner nicht betreiben. Ebenso ist dem persönlichen Gläubiger nach der K.Eröffnung auch der Beitritt zum Verfahren verwehrt.

§ 127. (117.)

Der Verwalter ist berechtigt, die Verwerthung eines zur Masse gehörigen beweglichen Gegenstandes, an welchem ein Gläubiger ein durch Rechtsgeschäft bestelltes Pfandrecht oder ein diesem gleichstehendes Recht beansprucht, nach Maßgabe der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung oder über den Pfandverkauf zu betreiben. Der Gläubiger kann einer solchen Verwerthung nicht widersprechen, vielmehr seine Rechte nur auf den Erlös geltend machen.

Ist der Gläubiger befugt, sich aus dem Gegenstande ohne gerichtliches Verfahren zu befriedigen, so kann auf Antrag des Verwalters das Konkursgericht dem Gläubiger nach dessen Anhörung eine Frist bestimmen, innerhalb welcher er den Gegenstand zu verwerthen hat. Nach dem Ablaufe der Frist findet die Vorschrift des ersten Absatzes Anwendung.

E. I. 129. P. 263—271.

1. Allgemeines.
2. Befriedigungsrecht des Gläubigers.
3. Verwerthungsrecht des Verwalters.
4. Fristsetzung nach Abs. 2.
5. Zwangsvollstreckung und Pfandverkauf.
6. Anspruch des Gläubigers auf den Erlös.

1) **Allgemeines.** Ueber den Grund der gesetzlichen Bestimmung und den rechtlichen Charakter der dem Verwalter gegebenen Befugnisse vgl. Anm. 1 und 2 zu § 126.

Um ein nicht **geltend gemachtes Absonderungsrecht** braucht sich der Verwalter insoweit nicht zu kümmern, als er für die Befriedigung des Absonderungsberechtigten nicht zu sorgen hat. Er kann vielmehr den mit Pfandrechten u. s. w. belasteten Gegenstand ohne Rücksicht auf die Befriedigung des Absonderungsberechtigten, aber natürlich nur mit Aufrechterhaltung eines ihm bekannten Pfandrechts, für die Masse verwerthen. Eine Veräußerung, in Folge deren das Pfandrecht erlischt, begründet für den Verletzten, wenn die Vorschriften des § 127 außer Acht gelassen sind, einen Anspruch auf Schadensersatz sowohl gegen den Verwalter (B.G.B. § 823 Abs. 1), als nach § 59, 1 gegen die K.Masse. Die früher Anm. 2 II zu § 4 ausgesprochene Ansicht kann nicht aufrecht erhalten werden. **RG. 25, 22** bezieht sich auf Zubehör eines Grundstücks und das hierfür geltende frühere, jetzt geänderte Recht, vgl. Anm. 5 zu § 125. Mit Beobachtung der Vorschriften des § 123 kann er auch da vorgehen, wo das Absonderungsrecht nicht geltend gemacht wird. Bei der Verwerthung beweglicher Sachen aber, an denen ein Absonderungsrecht geltend gemacht wird, stehen sich das Interesse des Absonderungsberechtigten und des Verwalters gegenüber, der den Ueberschuß zur Befriedigung der K.Gläubiger zu verwenden hat. Beide haben das Recht, einen der Absonderung unterliegenden Gegenstand zur Veräußerung zu bringen: der Absonderungsgläubiger, dessen Befriedigung gemäß § 4 außerhalb des K.Verfahrens fällt, nach den Vorschriften des sonstigen bürgerlichen Rechts, der Verwalter

Digitized by Google

nach den Vorschriften des § 127. Da Interessen anderer Personen als des K.Verwalters und des Absonderungsberechtigten nicht in Frage kommen, so stehen einer Abrede zwischen diesen beiden über eine Verwerthungsart, die von der gesetzlichen abweicht, keine Bedenken entgegen. Etwas anderes ist es, daß durch den Inhalt eines solchen Abkommens der Verwalter seine Pflicht gegenüber den K.Gläubigern und dem G.Schuldner verletzen und sich gemäß § 82 dafür verantwortlich machen kann.

2) **Befriedigungsrecht des Absonderungsberechtigten.** Der Verwalter ist in keinem Falle verpflichtet, die Verwerthung selbst zu betreiben; er ist nur ermächtigt, und wird überall, wo ein Ueberschuß für die Masse nicht zu erwarten ist, dem Absonderungsberechtigten die Veräußerung überlassen. So lange er daher nicht die Verwerthung selbst betreibt, stehen dem Absonderungsberechtigten an dem ihm verhafteten Gegenstande alle Rechte zu, die er ohne die K.Eröffnung hätte. Der Absonderungsberechtigte braucht nicht seine Anträge aufzuschieben und abzuwarten, was der Verwalter zu thun gedenkt. Er kann sich ohne gerichtliches Verfahren befriedigen, wenn ihm dies zusteht, so namentlich beim rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Pfandrecht an beweglichen Sachen, B.G.B. §§ 1228, 1233 ff., 1219, H.G.B. § 368, an Inhaberpapieren, B.G.B. § 1293, an Orderpapieren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, B.G.B. § 1295, beim kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht, H.G.B. § 371 Abs. 2. Dabei ist zu beachten, daß der Gläubiger das Recht der Selbstverwerthung nur hat, wenn seine Forderung fällig ist und wenn sie auf Geld gerichtet ist, B.G.B. §§ 1228, 1257. Beides wird sie nicht etwa durch die K.Eröffnung, mit der betagte K.Forderungen gemäß § 65 als fällig gelten. Diese Bestimmung auf das Absonderungsrecht auszudehnen, ist nicht zulässig. Ist ein gerichtliches Verfahren nothwendig, wie beim Pfändungspfandrecht, so bewendet es bei den Vorschriften der C.P.O. §§ 814 ff., 835 ff., 844, 846 ff., bedarf der Gläubiger noch eines vollstreckbaren Titels, um sich aus den seiner Pfandhaftung unterliegenden Gegenständen befriedigen zu können, wie in dem Falle, daß die Forderung nicht auf Geld gerichtet ist, B.G.B. § 1228, so kann sich der Gläubiger den Titel durch die Anstrengung der Pfandklage gegen den den G.Schuldner vertretenden Verwalter verschaffen. Vgl. dazu auch Anm. 2 zu § 4.

3) **Nach § 127 kann der Verwalter die Verwerthung** eines Gegenstandes, an dem ein Absonderungsrecht geltend gemacht wird, **selbst in die Hand nehmen,** aber mit Beschränkung nach zwei Richtungen. Er darf die Verwerthung nur nach Maßgabe der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung oder über den Pfandverkauf betreiben (nur „einer *solchen* Verwerthung" kann der Gläubiger nicht widersprechen), und wenn der Gläubiger sich aus dem Gegenstande ohne gerichtliches Verfahren befriedigen darf (Abs. 2), so ist das Recht des Verwalters zur Verwerthung so lange ausgeschlossen, als dem Gläubiger nicht durch das K.Gericht eine Frist für die Verwerthung gesetzt, und ungenützt verstrichen ist. Ueber die Fristsetzung s. Anm. 4. Veräußert der Verwalter dieser Vorschrift entgegen einen Gegenstand, so richtet sich nach den Regeln des bürgerlichen Rechts, ob das Pfandrecht des Absonderungsberechtigten untergeht oder bestehen bleibt. Ist es untergegangen, so hat der Gläubiger über das Recht des Abs. 1 Satz 2 hinaus gemäß § 82 einen Anspruch auf Schadensersatz gegen den Verwalter.

4) Ist vorangegangene **Fristsetzung** Voraussetzung für das Verwerthungsrecht des Verwalters, so hat dieser die Frist vom K.Gericht festsetzen zu lassen. Das Gericht muß nach § 127 Abs. 2 den Gläubiger hören und theilt ihm zu diesem Zweck den Antrag zur Aeußerung bis zu einem bestimmten Zeitpunkt mit. Nach Aeußerung des Gläubigers oder Eintritts dieses Zeitpunkts bestimmt das Gericht die Frist und stellt diese Entscheidung dem Gläubiger von Amts wegen zu. Der § 77 Abs. 2 ist hier nicht anwendbar, da es sich nicht bloß um eine Mittheilung des *Verwalters* im K.Verfahren handelt. Innerhalb der Frist kann der Gläubiger, für den Abs. 2 anwendbar ist, die Verwerthung nach Maßgabe der ihm außerhalb des K.Verfahrens zustehenden Rechte veranlassen, Anm. 2. Sowohl das Recht des Verwalters, die Verwerthung nach Abs. 1 zu betreiben, als auch die Ausdehnung dieses Rechts gemäß dem zweiten Satze des Abs. 1 finden dann keine Anwendung. Die Fristbestimmung erfolgt auch dann, wenn eine Forderung Gegenstand des Absonderungsrechts ist und der Gläu-

Digitized by Google

biger die Forderung nach B.G.B. § 1282 selbständig einziehen darf. Der Verwalter darf auch dann noch auf Bestimmung einer Frist drängen, wenn der Absonderungsberechtigte zwar mit der Verwerthung des Pfandes begonnen hat, dann aber das Verfahren nicht gehörig betreibt. Die Berechnung der Frist erfolgt nach C.P.O. §§ 221 ff. Es bedarf weder einer Androhung der Folgen der Frist, noch eines Antrags auf richterliche Festsetzung des Eintritts der Folgen. Sobald die Frist abgelaufen ist, kann der Verwalter die Verwerthung nach Abs. 1 betreiben; da sie indeß ohne sein wirkliches Betreiben nicht wirkt, so kann bis zum thatsächlichen Betreiben des Verwalters der Gläubiger noch die Verwerthung in Gemäßheit seiner Rechte bewirken. C.P.O. §§ 230, 231.

5) Die vom Verwalter **nach Maßgabe der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung** oder **über den Pfandverkauf** vorgenommene Veräußerung ist keine echte Zwangsvollstreckung, hat aber die Wirkungen einer solchen auf den Uebergang des Eigenthums, Erlöschen von Rechten, Befugnisse dritter Personen, vgl. Anm. 2 zu § 126. Eine Pfändung ist deshalb nicht erforderlich; Gegenstände, die der Verwalter im Besitze hat, übergiebt er dem Gerichtsvollzieher; die Versteigerung von solchen, die im Besitze der Absonderungsberechtigten sind, muß dieser sich gefallen lassen. **RG.** 1. Dez. 1903. J.W. 1904, 98 ff. Die Vorschrift der C.P.O. § 805, daß der besitzende Pfandgläubiger dem Verkauf widersprechen kann, ist für den Fall des § 127 durch diesen Paragraphen beseitigt. Weigert sich trotzdem der Absonderungsberechtigte, so kann ebenfalls nicht etwa der Gegenstand bei ihm gepfändet werden, sondern der Verwalter muß auf Duldung des Verkaufs Klage erheben. Auch wenn es sich um Verwerthung einer Forderung handelt, ist der Verwalter befugt, ohne Pfändung vorzugehen. Eine solche, durch die etwa dem Drittschuldner verboten würde, an den zu pfändenden G.Schuldner, also hier entsprechend an den Verwalter zu zahlen, und diesem geboten würde, sich jeder Verfügung zu enthalten, kann hier nicht stattfinden und würde geradezu zweckwidrig sein. Dem Pfandgläubiger gegenüber aber findet hier eine Pfändung ohne einen gegen ihn gerichteten vollstreckbaren Titel ebensowenig statt, wie bei der in den Formen des Zwangsverkaufs stattfindenden Verwerthung einer beweglichen Sache. Auch einer Ueberweisung bedarf es nicht. Sie könnte nur zur Einziehung erfolgen, weil die in C.P.O. § 835 vorgesehene Folge der Ueberweisung an Zahlungsstatt, daß die Gläubiger, soweit die überwiesene Forderung besteht, wegen ihrer Forderung als befriedigt anzusehen sind, im Konkurse nicht eintreten kann. Es könnte deshalb dem Verwalter nur das Recht gegeben werden, für den G.Schuldner die Forderung einzuziehen, ein Recht, das er schon nach § 7 hat. Das Betreiben der Verwerthung einer verpfändeten Forderung „nach Maßgabe der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung" beschränkt sich deshalb darauf, daß der Verwalter — ohne Zustimmung der Pfandgläubiger, vgl. Anm. 6 — nicht befugt ist, die Forderung anders als durch Einziehung, also vielleicht durch Veräußerung zu verwerthen. Der Pfandgläubiger ist verpflichtet, die zur Einziehung der Forderung etwa erforderliche Urkunde herauszugeben. Dem Schuldner gegenüber genügt als Legitimation des Verwalters die gerichtliche Fristbestimmung. A.M. bezüglich der Nothwendigkeit einer Pfändung Jäger Anm. 9, 10, Petersen-Kleinfeller Anm. 10.

Ob der Verwalter nach den Vorschriften der Zwangsvollstreckung oder denen des **Pfandverkaufs** verwerthen will, ist lediglich in sein Ermessen gestellt. Der Pfandverkauf erfolgt nach den Vorschriften des B.G.B. §§ 1235—1240.

Nach § 11 Abs. 2 Bundesges. v. 2. Juni 1869, B.G.B. S. 161 (vgl. E.G. § 3 Abs. 1), ist das Reich nicht verpflichtet, im Falle des Konkurses die als Kaution eines Reichsbeamten verpfändeten Werthpapiere in die K.Masse einzuliefern. Den damaligen K.Vorschriften entsprechend bedeutete dies die ungeschmälerte Erhaltung der Kautionsrechte des Reichs ohne jeden Einfluß des Konkurses darauf; und mit der gleichen Bedeutung wird auch jetzt diese Vorschrift als (gemäß § 3 E.G.) aufrecht erhaltene Ausnahme anzusehen sein. A.M. Wolff Abs.R. S. 178 rücksichtlich der Anwendung des Abs. 2.

6) Mit der Veräußerung durch den Verwalter setzt sich der Anspruch des Absonderungsberechtigten auf Befriedigung aus der Sache in **den Anspruch auf Befriedigung**

Digitized by Google

aus dem Erlöse um. Voraussetzung dafür ist aber, daß das Absonderungsrecht rechtzeitig geltend gemacht ist. Ist der Erlös in die Masse geflossen, so dient er der Befriedigung des K.Gläubigers und es besteht nur noch der Bereicherungsanspruch gemäß B.G.B. § 816, der nach § 59 Nr. 3 ein Masseanspruch ist. Wird der Bereicherungsanspruch vor Vertheilung der Masse nicht geltend gemacht, so ist auch er verloren gegangen. Der Anspruch auf den Erlös nach § 127 ist derselbe wie der aus C.P.O. § 805, nach der im § 127 angeordneten Maßgabe der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung besteht deshalb der Anspruch des Absonderungsberechtigten unanhängig davon, ob die Forderung fällig war; ob sich der Absonderungsberechtigte Zwischenzinsen abziehen lassen muß, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden, nicht nach § 65 Abs. 2, der nur eine Bestimmung für die K.Forderungen giebt. Ferner ist gegen den Verwalter, wenn er die Befriedigung aus dem Erlöse weigert, beim „Vollstreckungsgericht" (oder dem zuständigen Landgericht) zu klagen, nicht bei dem zum Sitz des K.Gerichts gehörigen Prozeßgericht. Als Vollstreckungsgericht ist das Gericht anzusehen, in dessen Bezirk regelmäßig der Verkauf auszuführen ist. B.G.B. § 1236. Eine Klage gemäß § 146 auf Feststellung eines Absonderungsrechts giebt es nicht, weil die Absonderung außerhalb des K.Verfahrens fällt. — Mehrere Absonderungsberechtigte werden aus dem Erlös rangmäßig befriedigt, nachdem die Kosten des Verfahrens vorweg bezahlt sind, bei Streit findet C.P.O. §§ 827, 853 ff., 873 ff. Anwendung.

§ 128.

Ist der Gemeinschuldner Vorerbe, so darf der Verwalter die zur Erbschaft gehörigen Gegenstände nicht veräußern, wenn die Veräußerung im Falle des Eintritts der Nacherbfolge nach § 2115 des Bürgerlichen Gesetzbuchs dem Nacherben gegenüber unwirksam ist.

K.O.N.

1. Vorerbschaft und Rechte der Gläubiger an den Erbschaftsgegenständen.
2. Verwerthung der Erbschaftsgegenstände: a. der Einkünfte;
3. b. der Gegenstände selbst;
4. c. insbesondere für Nachlaßforderungen;
5. d. für Forderungen von Realgläubigern.
6. Rechte der Nacherben.
7. Nacherbschaft in den Ueberrest.

1) Vorerbschaft und Rechte der Gläubiger der Vorerben an den zur Vorerbschaft gehörigen Gegenständen. **Vorerbe** ist der G.Schuldner, wenn er derart zum Erben eingesetzt ist, daß nach ihm ein Anderer Erbe werden soll (Nacherbe). B.G.B. § 2100. Der G.Schuldner hört dann mit dem Eintritte des vom Erblasser bestimmten Ereignisses oder Zeitpunktes auf, Erbe zu sein, und muß das Ererbte — und zwar entweder Alles oder, wenn ihm die Befugniß verliehen ist, das Ererbte zu verbrauchen (B.G.B. § 2137), das, was noch übrig ist, an den Nacherben herausgeben. Bis zum Eintritt der Nacherbschaft aber bleibt der Vorerbe Eigenthümer und kann über die Nachlaßgegenstände verfügen. Diese gehören also unter den Voraussetzungen des § 1 zur K.Masse des Vorerben. Die Verfügungsfreiheit des Vorerben ist aber beschränkt. „Sie findet ihre Schranken einmal in der persönlichen Haftung des Vorerben dafür, daß die Erbschaft in dem Zustande herausgegeben werde, welcher einer ordnungsmäßigen Verwaltung entspricht, daß insbesondere ausscheidende Stücke nicht ohne Ersatz bleiben, und ferner in den weiter gehenden Ansprüchen des Nacherben auf Sicherheitsleistung und äußersten Falles auf Entziehung der Verwaltung. Diese Beschränkungen des freien Verfügungsrechts sind von der Art, daß sie eine kausale Bestimmung desselben erkennen lassen, aus der letzteren aber ergiebt sich, daß es ein Mißbrauch wäre, wenn die Gläubiger des Vorerben dessen Verfügungsrecht zu ihren Zwecken ausbeuten dürften." Protokoll zum B.G.B. II. Lesung Bd. 5 S. 113. Aus diesen Gründen ist die Beschränkung der Verfügungsfreiheit des Vorerben, die für diesen nur die eben angedeuteten Folgen hat, ohne seine Verfügungen selbst unwirksam zu machen, für die Gläubiger dahin festgelegt, daß nach B.G.B. § 2115 eine Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder

Digitized by Google

der Arrestvollziehung oder durch den K.Verwalter erfolgt, im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam ist, als sie das Recht des Nacherben beeinträchtigen oder vereiteln würde. Ausnahmen werden nur für die Ansprüche der Nachlaßgläubiger und der Realgläubiger gemacht, die ein auch gegen den Nacherben wirksames Recht an eine Nachlaßsache haben. Weil aber der Eintritt der Unwirksamkeit im Interesse der Rechtssicherheit nach Möglichkeit vermieden werden soll, ist in der C.P.O. § 773 angeordnet, daß ein zu einer Vorerbschaft gehöriger Gegenstand, wenn die Verfügung dem Nacherben gegenüber unwirksam wäre, im Wege der Zwangsvollstreckung nicht veräußert oder überwiesen werden soll, und für den Konkurs die Vorschrift des § 128 erlassen. Das dem Vorerben zustehende allgemeine Verfügungsrecht steht dem Verwalter nicht zu; er darf nur ausnahmsweise verfügen. Aus diesen Grundsätzen ergeben sich die nachstehende Folgerungen.

2) **Verwerthung der zur Vorerbschaft gehörigen Gegenstände.** Der Verwalter darf von den Gegenständen der Vorerbschaft unbedenklich für die Gläubiger verwerthen: a) **die Einkünfte,** die dem Vorerben gebühren, solange nicht der Fall der Nacherbschaft eingetreten ist, aber nur, soweit sie nicht aus anderen Gründen unpfändbar sind. Unpfändbar aber sind nach C.P.O. § 850 Nr. 3 die fortlaufenden Einkünfte, die der Schuldner auf Grund der Fürsorge und Freigebigkeit eines Dritten bezieht, insoweit ihrer der Schuldner zur Bestreitung des nothdürftigen Unterhalts für sich und seinen Ehegatten und seine noch unversorgten Kinder bedarf. Dazu gehören auch testamentarische Zuwendungen RG. 12, 384; 14, 281, und es ist nicht erforderlich, daß die Einkünfte als Leistung eines Dritten vom Schuldner gefordert werden können, wenn ihm nur in Wirklichkeit lediglich die Einkünfte zustehen. In dieser Lage befindet sich der Vorerbe in Ansehung der Einkünfte aus dem Nachlaß. Vgl. RG. 16. 1. 1889. Raff.-Küntzel 34, 1180. JW. 96 S. 301. Vgl. ferner die Vorschrift des B.G.B. § 2338 über die Beschränkung eines Pflichttheilsberechtigten auf die Vorerbschaft in guter Absicht.

3) b. die zur Vorerbschaft gehörigen **Gegenstände selbst,** wenn der Nacherbe seine Einwilligung dazu giebt. Die Vorschriften des B.G.B. § 2120 über die Verpflichtung des Nacherben zur Einwilligung gilt auch zu Gunsten des Verwalters.

4) c. die zur Vorerbschaft **gehörigen Gegenstände,** wenn und insoweit damit **ein Nachlaßgläubiger befriedigt werden soll.** Der Verwalter ist, sobald K.Gläubiger gleichzeitig Nachlaßgläubiger sind, zum Zwecke der Befriedigung solcher Gläubiger verpflichtet, Nachlaßgegenstände zu verwerthen, ohne Rücksicht darauf, daß der Ueberschuß des Erlöses der Substanz nach der Masse nicht zu Gute kommt. (Gegen Jäger Anm. 5.) Ein Interesse an der Befriedigung der Nachlaßgläubiger aus dem Nachlasse ergiebt sich schon daraus, daß durch die Befriedigung die Zahl der K.Gläubiger oder der Betrag ihrer Forderungen herabgesetzt wird. Es handelt sich sodann aber auch um Befriedigung eines K.Gläubigers und um zur Masse gehörige Vermögensstücke, die nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zur Verwerthung bestimmt sind, soweit nicht durch § 128 in dem Rechte des Nacherben eine Schranke gezogen ist. Soweit dies Recht nicht wirkt, unterliegen die Nachlaßgegenstände allen für die übrigen zur Masse gehörigen Gegenstände gegebenen Vorschriften. Es ist daher hier ebenso wenig die Bildung einer besonderen Masse nothwendig wie im Falle des Konkurses einer Ehefrau für das der Verwaltung und Nutznießung des Ehemanns unterliegende Vermögen, des ebenfalls nicht allen, sondern nur bestimmten Gläubigern haftet. Vgl. Anm. 8 zu § 43. Es ändert hieran Nichts, daß die Nachlaßgläubiger zum Zwecke ihrer Befriedigung die Nachlaßverwaltung oder den Nachlaßkonkurs beantragen könnten. Jedenfalls sind sie gar nicht im Stande, einen solchen Antrag unter allen Umständen zu stellen (§ 215 u. B.G.B. §§ 1981, 1982).

5) d. Nachlaßgegenstände, an denen ein **dem Nacherben gegenüber wirksames Recht** besteht, werden nicht für die Masse verwerthet. Ein solches Recht begründet, wenn es nicht ein Aussonderungsrecht ist und damit überhaupt den Gegenstand der Masse entzieht, einen Anspruch auf Absonderung und die Befriedigung aus dem Gegenstande vollzieht sich außerhalb des Verfahrens. Der Verwalter hat kein Interesse daran, die Ver-

Digitized by Google

werthung eines solchen Gegenstandes nach den Vorschriften der §§ 126, 127 zu betreiben, sondern wird es dem Realgläubiger überlassen, sich selbst Befriedigung zu suchen. Vgl. Anm. 3 zu § 126.

6) **Der Nacherbe hat das Recht,** auf Grund der dem Verwalter aufgelegten Verfügungsbeschränkung jeder unzulässigen Verfügung zu widersprechen und seinen Anspruch nach Analogie der C.P.O. §§ 779, 771 im Wege der Klage zu verfolgen (ebenso Seuffert S. 313, a. M. Jäger Anm.), da die Verfügung im Interesse aller K.Gläubiger erfolgen würde und deshalb einer Zwangsvollstreckung gleich zu achten ist (**RG. 42,** 85 ff.). Vgl. Anm. 4. Außerdem hat er gegenüber dem Verwalter alle Rechte, die er außerhalb des Konkurses gegen den Vorerben haben würde, insbesondere die Rechte, die dem Nacherben im B.G.B §§ 2113, 2114, 2116—2119, 2123, 2127—2131, 2133 gegeben sind, auch das des § 2128 auf Sicherheitsleistung, dessen Durchführung dann nach B.G.B. § 1052 dazu führen kann, daß die Vorerbschaft aus den Händen des Verwalters in die eines besonderen Sequesters gelegt wird. Dabei hat der Nacherbe überall nicht die Stellung eines K.Gläubigers, sondern es handelt sich um dingliche Wirkungen seines bedingten Erbrechts. K.Gläubiger ist er nur bei dem Anspruch auf Ersatz nach Eintritt der Nacherbfolge, B.G.B § 2134, sofern Handlungen des Vorerben aus der Zeit vor dem K. in Frage kommen. Hat der Verwalter gegen das in § 128 enthaltene Veräußerungsverbot Verfügungen vorgenommen, so sind diese gemäß B.G.B. § 2115 dem Nacherben gegenüber unwirksam, außerdem hat der Nacherbe wegen solcher Verfügung, wenn die Nacherbfolge während des K. eintritt, als Masseforderung den Anspruch aus B G.B. § 2134 auf Ersatz des Werthes und schließlich aus K.O. § 82 gegen den Verwalter Anspruch auf Ersatz des erlittenen Schadens. Diesen Anspruch gegen den Verwalter hat auch der G.Schuldner.

7) Auch für den Fall, **daß der Nacherbe nur auf den Ueberrest eingesetzt ist,** daß es also dem Vorerben gestattet ist, den Nachlaß zu verbrauchen, B.G.B. § 2137, findet § 128 Anwendung. Unter den im B.G.B. §§ 2137, 2136 genannten Befreiungen von den einem Vorerben sonst aufgelegten Beschränkungen findet sich der § 2115 nicht; er enthält überhaupt keine Beschränkung des Vorerben. Auch bei völlig ungehinderter Verfügungsfähigkeit des Erben also sind die Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung, der Arrestvollziehung und durch den K.Verwalter dem Nacherben gegenüber unwirksam und deshalb entspricht auch hier das Verbot der K.O. dem gesetzgeberischen Grunde des § 128. Für das frühere abweichende Recht vgl. **RG. 36,** 123 ff.

§ 129. (118.)

Bis zur Beschlußfassung durch eine Gläubigerversammlung kann der Verwalter mit Genehmigung des Gerichts oder, wenn von dem Gerichte ein Gläubigerausschuß bestellt ist, mit dessen Genehmigung dem Gemeinschuldner und der Familie desselben nothdürftigen Unterhalt aus der Konkursmasse gewähren.

Bis zur Beschlußfassung durch eine Gläubigerversammlung hat der Verwalter nach seinem Ermessen das Geschäft des Gemeinschuldners zu schließen oder fortzuführen und die Gelder, Werthpapiere und Kostbarkeiten nach Anordnung des Gerichts zu hinterlegen. Ist von dem Gerichte ein Gläubigerausschuß bestellt, so beschließt dieser über die Schließung oder die Fortführung des Geschäfts und über die Hinterlegung der Gelder, Werthpapiere und Kostbarkeiten.

E. I. 130. P. 132. 136 a. 144. 161. 162. 221. 224. 225. 244.

1. Vorläufige Gewährung von Unterhalt.
2. Anspruch des G.Schuldners auf Unterhalt.
3. Umfang des Unterhalts.
4. Entziehung des Unterhalts.
5. Schließung und Fortführung des Geschäfts.
6. Hinterlegung.

Digitized by Google

1) Abs. 1 regelt die Zulässigkeit einer **vorläufigen Gewährung** von Unterhalt für den G.Schuldner und dessen Familie im Gegensatze zu einer endgültigen Beschließung über ihre Unterstützung nach § 132.

Bis „eine" G.Versammlung endgültig beschließt, ist zur Gewährung erforderlich:

a. die Bewilligung des Verwalters, der hierfür gemäß § 82 den Gläubigern verantwortlich ist,

b. die Genehmigung des Gläubigerausschusses, wenn ein solcher nach § 87 Abs. 1 vom Gerichte bestellt ist, und die Genehmigung des K.Gerichts, wenn ein solcher Ausschuß nicht bestellt ist. Daß nur ein vom Gerichte bestellter Ausschuß gemeint ist, geht aus dem ausdrücklichen Zusatze im Gegensatze zu dem bestellten Ausschusse im § 133 unzweifelhaft hervor. A.M. Jäger Anm. 3.

In Aussicht genommen ist, daß in der Regel die erste G.Versammlung beschließt. Mot. 350. Beschließt sie jedoch nicht hierüber, obgleich schon vorher gemäß Abs. 1 Unterhalt bewilligt ist, so kann der Unterhalt unter den Bedingungen des Abs. 1 weiter gewährt werden, bis eine G.Versammlung deshalb beschließt. Dem Sprachgebrauch der K.O. gemäß ist unter „einer" G.Versammlung jede verstanden, §§ 95, 96 (vgl dagegen §§ 80, 131), wie auch im § 132 „die" G.Versammlung ohne nähere Zeitbeschränkung als zur definitiven Beschlußfassung zuständig bezeichnet ist. Demgemäß kann auch, falls die erste G.Versammlung oder eine spätere über Unterstützung oder Unterhalt des G.Schuldners nichts beschlossen haben, weil kein Anlaß dazu vorlag, noch später die Bewilligung in den Formen und Grenzen des § 129 erfolgen, bis ein G.Versammlungsbeschluß gefaßt ist. Wenngleich die Erwähnung nur des vom Gerichte bestellten Ausschusses und das Eintreten des Gerichts als mitbeschließenden Organs darauf hindeuten, daß hauptsächlich die Zeit vor der ersten G.Versammlung berücksichtigt sein soll, so würde die Annahme, daß der Verwalter nach § 129 keine Befugnisse mehr haben solle, wenn eine frühere G.Versammlung weder direkt beschlossen, noch dem Verwalter oder dem G.Ausschusse entsprechende Befugnisse übertragen hätte (Stieglitz Anm. I, Fitting § 23 zu Anm. 44), weder dem Wortlaute, noch dem Bedürfnisse gerecht werden. Petersen-Kleinfeller 5 zu § 132. Völderndorff zu a, i und zu § 120a; Sarwey-Bossert Anm. 1. Jäger Anm. 1.

2) Einen rechtlichen **Anspruch auf Unterhalt** hat der G.Schuldner überhaupt nicht. Früher konnte er ihn innerhalb der Grenzen des § 1 Abs. 2 (a. F.) aus dem seiner Nutznießung unterstehenden Vermögen seiner Frau und seiner Kinder geltend machen. Jetzt ist ihm die Nutznießung aus Kindesvermögen unverkürzt erhalten (vgl. Anm. 27 zu § 1), im Uebrigen aber bleibt er seiner eigenen Erwerbsthätigkeit oder dem Armenrechte überlassen. Ein Antrag auf Feststellung einer Verpflichtung zur Gewährung des nothdürftigen Unterhalts bis zum Beschlusse der G.Versammlung ist von der R.K. abgelehnt. Prot. 89, 90. Um den Billigkeits-Anschauungen Rechnung zu tragen, soll Unterhalt gewährt werden können.

Die Zustimmung des Verwalters ist unbedingt nur von seinem Ermessen abhängig. Gegen seine Weigerung kann der G.Schuldner nicht (natürlich auch nicht ein Anderer, z. B. ein Armenverband an seiner Stelle) das Gericht anrufen. Das Gericht kann nach Abs. 1 ohne Zustimmung des Verwalters nicht bewilligen. Beantragt der Verwalter die Gewährung, so steht gegen eine Ablehnung des Gerichts dem Verwalter, wie auch dem G.Schuldner als Verletzten die Beschwerde nach § 73 zu. A. M. Jäger Anm. 5, Petersen-Kleinfeller Anm. I 3, die ein Beschwerderecht des G.Schuldners nicht anerkennen.

3) **Umfang des Unterhalts.** Nur nothdürftiger Unterhalt kann gewährt werden. Für eine Mehrbewilligung bleibt der Verwalter verantwortlich (abw. für den Beschluß der G.Versammlung, Anm. 1 § 132). Der Unterhalt kann auch nach dem Tode des G.-Schuldners seiner Familie gewährt werden. Zur Familie sind hier, wie für § 132, sprachgebräuchlich außer Frau und Kindern auch die mit ihnen zusammen lebenden Verwandten zu rechnen. Petersen-Kleinfeller zu I 1, Völderndorff zu e. Abw. dagegen werden nur die Frau und unversorgte Kinder, oder Verwandte, für die der G.Schuldner unterhaltspflichtig ist, hierher gerechnet von Sarwey-Bossert Anm. 2, Jäger Anm. 8, Stieglitz Anm. II,

Digitized by Google

Fitting § 23 Nr. 42. — Er kann nur aus der K.Masse gewährt werden. Sofern er in Form der Wohnungseinräumung im Hause des G.Schuldners oder sonst aus Absonderungsobjekten gewährt werden soll, ist die Zustimmung der etwa betheiligten Realgläubiger nöthig, auf deren Kosten und gegen deren Willen Verwalter und K.Gläubiger nicht freigebig sein können, Mot. 350, soweit nicht das Widerspruchsrecht der Realgläubiger nach dem bürgerlichen Recht beseitigt ist. Nach dem Zw.Verst.Ges. sind dem Schuldner, der bei Einleitung der Zwangsverwaltung des Grundstücks zur Zeit der Beschlagnahme darauf wohnt, während der Dauer der Verwaltung die für ihn und seine Familie unentbehrlichen, wenn auch für die Verwaltung erforderlichen Wohnungsräume zu belassen, solange er nicht das Grundstück oder dessen Verwaltung gefährdet. Zw.Verst.-Ges. § 149.

4) Die **Entziehung des Unterhalts** kann durch dieselben Verwaltungsorgane erfolgen, die seine Bewilligung erklärt haben, so lange sie nach Abs. 1 die Bewilligungsbefugniß haben. Die G.Versammlung kann demnächst die von dem Verwalter erklärte Bewilligung entziehen.

5) Die **vorläufige Bestimmung über Schließung oder Fortführung des Geschäfts** liegt dem Verwalter, oder, wenn ein G.Ausschuß bestellt ist, ausschließlich diesem ob. Endgültig beschließt die G.Versammlung nach § 132. Für die Zeit nach der ersten G.Versammlung, falls diese nichts beschließt, gilt das in Anm. 1 Bemerkte. Der Beschluß über die Fortführung des Geschäfts kann auch auf sachlich oder zeitlich beschränkte Fortführung gerichtet werden. Daß die Fortführung des Geschäfts stets nur auf dessen Abwicklung gerichtet sein dürfe, Jäger Anm. 9, RG. 25. März 1899, JW. S. 305, kann nicht zugegeben werden, sie kann insbesondere ohne eine solche Beschränkung erfolgen, damit im Interesse des K.Gläubigers das Geschäft im Ganzen vortheilhaft verkauft werden kann (§ 134). Die Fortführung ist ein gewerblicher Betrieb und erhält dem G.Schuldner auch die Kaufmannseigenschaft. A.M. Staub, H.G.B. Anm. 24 zu § 1. Ob und wieweit die Fortführung des Geschäfts wegen Konzessionsbeschränkungen oder Unzulässigkeit des Betriebs durch Stellvertreter unmöglich ist, bestimmt sich nach der Gewerbeordn. v. 1. Juli 1883, 1. Juni 1891 §§ 29 ff., 41 ff., 55 ff. Selbstverständlich sind die Steuervorschriften für eine Fortführung zu beachten. Vgl. Anm. 5 zu § 58. Die Mot. erwähnen, daß das preuß. Obtr. und das preuß. Finanzministerium den bloßen Ausverkauf eines Geschäfts im Konkurse als steuerfrei anerkannt haben. Mot. 351. — Führt der Verwalter das Geschäft weiter, obgleich die Schließung beschlossen ist, so macht er sich zwar dafür den K.-Gläubigern und dem G.Schuldner (§ 82) sowie dem Gericht (§§ 83, 84) gegenüber verantwortlich; seine Geschäfte aber werden in Vertretung des G.Schuldners abgeschlossen und verpflichten diesen wie die Masse. — Ueber die Befugnisse des G.Schuldners bei der Schließung seines Geschäfts vgl. § 130.

6) Für die Beschlußfassung über eine **Hinterlegung** von Geldern, Werthpapieren und Kostbarkeiten gilt das in Anm. 5 Gesagte. Die Hinterlegung zum gerichtlichen Depositum ist nicht allgemein vorgeschrieben, da eine gerichtliche Depositalverwaltung nicht überall besteht oder deren Beseitigung theils erfolgt, theils in Aussicht genommen ist. Abgesehen von dem ersten Stadium vor einer G.Versammlung, — für das die „Anordnung des Gerichts" maßgebend ist, sofern nicht vom Gerichte ein G.Ausschuß bestellt ist — soll der Selbstverwaltung nicht vorgegriffen werden. — Es kann die Hinterlegung bei jeder Bank und bei Jedermann angeordnet oder beschlossen werden. Mot. 352, 353. Prot. 88. Dabei muß der Depositar davon in Kenntniß gesetzt werden, daß eine Hintertragung im Sinne des § 129 erfolgt, da sonst die durch § 137 beabsichtigte Sicherung versagt. Vgl. Anm. 1 zu § 137, RG. 54, 209 ff. Eine Zinsbarmachung (Anlegung) der hinterlegten Gelder ist hier nicht vorgesehen. Vgl. § 132. Zu den Kostbarkeiten, die zu hinterlegen sind, gehören Gold- und Silbersachen, Juwelen, Perlen, seltene Münzen und Medaillen, Kunstgegenstände und Antiquitäten, RG. 13, 26. Ueber die Verpflichtung der Mitglieder des G.Ausschusses, die thatsächliche Bewirkung der Hinterlegung zu überwachen, vgl. Anm. 1 zu § 88.

Digitized by Google

§ 130.

Soll nach § 129 das Geschäft des Gemeinschuldners geschlossen werden, so hat der Verwalter vor der Beschlußfassung des Gläubigerausschusses oder, wenn ein Gläubigerausschuß nicht bestellt ist, vor der Schließung des Geschäfts dem Gemeinschuldner, sofern derselbe ohne Aufschub zu erlangen ist, von der beabsichtigten Maßregel Mittheilung zu machen.

Das Gericht kann auf Antrag des Gemeinschuldners die Schließung des Geschäfts untersagen, wenn der Gemeinschuldner einen Zwangsvergleichsvorschlag eingereicht hat.

K.O.N.

1. Schutz des § 130. | 2. Entscheidung des Gerichts.

1) **Ein Schutz** gegen die vorläufige Schließung des Geschäfts durch den Verwalter oder den G.Ausschuß war dem G.Schuldner gemäß § 129 nicht gegeben. Das Gericht hatte insoweit in die Selbstverwaltungsbefugniß des Verwalters nicht einzugreifen. Der G.Schuldner mußte also bis zur endgültigen Entscheidung, die nach § 132 der G.Versammlung obliegt, sich mit der vorläufigen Schließung zufrieden geben und wurde durch diese Maßregel besonders dann betroffen, wenn die Erledigung des Konkurses durch einen Zwangsvergleich in Aussicht stand. Es ist nunmehr durch die K.O.N. angeordnet, daß der Verwalter vor der Beschlußfassung des G.Ausschusses oder der von ihm selbst vorzunehmenden Schließung des Geschäfts den G.Schuldner von der beabsichtigten Maßregel in Kenntniß zu setzen hat. Die Mittheilung darf nur dann unterbleiben, wenn der G.-Schuldner ohne Aufschub nicht zu erreichen ist. Der G.Schuldner ist somit nun in der Lage, nicht nur dem Verwalter oder dem Ausschuß Vorstellungen zu machen, sondern insbesondere auch dem Gerichte einen Zwangsvergleichsvorschlag einzureichen und bei dem K.Gericht zu beantragen, daß es die Schließung des Geschäfts untersagen möge. Diesem Antrag „kann" das Gericht entsprechen.

2) **Die Entscheidung des K.Gerichts** hängt wohl von der Erwägung ab, ob unter Berücksichtigung aller Interessen ein Verbot der Schließung angezeigt ist. Dabei wird das Gericht in erster Linie prüfen, ob der Vergleichsvorschlag Aussicht auf Berücksichtigung hat, vielleicht auch zunächst ein Gutachten des G.Ausschusses über den Vorschlag einholen. Es ist aber in seinen Entschließungen frei und kann das Verbot selbst dann aussprechen, wenn es eine Annahme des Vergleichsvorschlags für ausgeschlossen hält. Nur ein seinem Inhalt nach unzulässiger Vergleichsvorschlag (§ 181) kann nicht die Voraussetzung für die Befugniß des Gerichts erfüllen. Das Verbot kann auch nach Ausführung der Entscheidung des Verwalters oder des Ausschusses erfolgen, da die Ausführung durch den Antrag des G.Schuldners nicht gehindert wird und Rechte Dritter nicht in Frage kommen. Die Entscheidung ist aber immer nur vorläufig, endgültig wird sie nach § 132 von der G.Versammlung getroffen vorbehaltlich der Vorschrift des § 99. — Die Entscheidung des Gerichts unterliegt der Anfechtung durch die sofortige Beschwerde (§ 73 Abs. 3) von Seiten des G.Schuldners, wenn dessen Antrag abgelehnt worden ist, von Seiten des Verwalters (nicht des G.Ausschusses), wenn das Verbot ergangen ist.

§ 131. (119.)

In der ersten Gläubigerversammlung hat der Verwalter über die Entstehung der Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners, über die Lage der Sache und über die bisher ergriffenen Maßregeln zu berichten.

E. I. 131. P. 163. 336.

1) Der Bericht soll nach den Mot. 351 mündlich erstattet werden; die Verlesung eines schriftlichen Berichts ist indeß nach dem Gesetze selbst nicht ausgeschlossen. Jeden-

Digitized by Google

falls muß nur der Bericht in der G.Versammlung erfolgen. Aus der Stellung des Verwalters folgt, daß sowohl jeder Gläubiger als das K.Gericht das Fragerecht hat. Vgl. Anm. zu §§ 82, 83, 86. Mot. 351. Sachgemäß ist im Termine mit dem Berichte zu beginnen und sind darauf die Wahlen nach § 80, 87 vorzunehmen und demnächst die im § 132 erwähnten Beschlüsse herbeizuführen. Mot. 352.

§ 132. (120.)

Die Gläubigerversammlung beschließt über eine dem Gemeinschuldner und dessen Familie zu bewilligende Unterstützung, über die Schließung oder die Fortführung des Geschäfts und über die Stelle, bei welcher, sowie über die Bedingungen, unter welchen die Gelder, Werthpapiere und Kostbarkeiten hinterlegt oder angelegt werden sollen.

Die Gläubigerversammlung beschließt, in welcher Weise und in welchen Zeiträumen der Verwalter ihr oder einem Gläubigerausschusse über die Verwaltung und Verwerthung der Masse Bericht erstatten und Rechnung legen soll.

E. I. 132 P. 132. 136a. 144. 161. 162. 221. 224. 225. 244.

1. Endgültige Beschlußfassung. | 2. Berichterstattung.

1) Abs. 1 überträgt der G.Versammlung die **endgültige Beschlußfassung** über die Gegenstände, die nach § 129 vorläufig geordnet werden können. Nach den Mot. 353 kann die G.Versammlung die Beschlußfassung dem G.Ausschusse übertragen, wenn ein solcher bestellt wird. An die im § 129 vorgeschriebene Beschränkung auf den „nothdürftigen Unterhalt" (Anm. 3 zu § 129) ist die G.Versammlung für die von ihr zu bewilligende „Unterstützung" nicht gebunden. Sie ist überhaupt nicht in der Bestimmung darüber beschränkt, wozu die Unterstützung dienen soll. Ist nichts Besonderes bestimmt, so fällt die Verwendung dem Ermessen des G.Schuldners anheim, ohne daß er darüber Rechnung zu legen hat. Ueber die Verwendung zu Beerdigungskosten vgl. Anm. 5 zu § 58. Die Versammlung unterliegt aber sachgemäß gleichfalls der Beschränkung, daß sie nur aus der K.Masse bewilligen kann und die Rechte auf abgesonderte Befriedigung sowie die Rechte der Massegläubiger nicht unbeachtet lassen darf. Anm. 3 zu § 129. Eine Vergütung für Dienstleistungen des G.Schuldners fällt nicht unter den Begriff einer Unterstützung, weil er nur zur Auskunftsertheilung, nicht aber zu Arbeiten den Gläubigern gegenüber verpflichtet ist. Mot. 351. — Dagegen, daß an Unterstützung zu viel bewilligt sei, ist nach § 99 eine Berufung auf gerichtliche Entscheidung zulässig. Daß nichts oder zu wenig bewilligt sei, kann nicht Gegenstand einer solchen Provokation werden; denn das Gericht kann nach § 99 nur die Ausführung eines Beschlusses untersagen, nicht aber selbst bestimmen. Auch die Verfügung über die Gelder u. s. w. ist der G.Versammlung im weiteren Umfange gewährt, als dem Verwalter oder dem G.Ausschuß. Sie kann „Anlegen", d. h. Nutzbarmachen, durch Ankauf von Werthpapieren, Wechseln u. s. w. beschließen. Prot. 88. Ueber die Verpflichtungen des Depositars s. Anm. 1 zu § 137.

2) Ueber das Verhältniß der im Abs. 2 erwähnten **Berichterstattung** zu der in § 88 Abs. 2 vorgesehenen Berichterstattung an den Ausschuß vgl. Anm. 2 zu § 88 — Gegenstand eines weiteren allgemeinen Beschlusses kann eine Aenderung des § 137 sein.

§ 133. (121.)

Der Verwalter hat, falls ein Gläubigerausschuß bestellt ist, dessen Genehmigung einzuholen:

1. wenn Gegenstände, deren Verkauf ohne offenbaren Nachtheil für die Masse ausgesetzt werden kann und nicht durch die Fortführung des Geschäfts veranlaßt wird, verkauft werden sollen, bevor der allgemeine

Digitized by Google

Prüfungstermin abgehalten oder ein vor dem Schlusse desselben eingereichter Zwangsvergleichsvorschlag erledigt ist;

2. wenn die Erfüllung von Rechtsgeschäften des Gemeinschuldners verlangt, Prozesse anhängig gemacht, deren Aufnahme abgelehnt, Vergleiche oder Schiedsverträge geschlossen, Aussonderungs-, Absonderungs- oder Masseansprüche anerkannt, Pfandstücke eingelöst, oder Forderungen veräußert werden sollen, und es sich in diesen Fällen um einen Werthgegenstand von mehr als dreihundert Mark handelt.

E. I. 133. 134. P. 157—159. 222. 223. 256. 264. 273 ff.

Zu §§ 133, 134:
1. Ertheilung der Genehmigung.
2. Entschlußfreiheit des Verwalters.

Zu § 133:
3. Nr. 1. Frühzeitiger Verkauf von Gegenständen.
4. Nr. 2. Werthgrenze.
5. Erfüllung von Rechtsgeschäften.
6. Anhängigmachen von Prozessen.
7. Ablehnung der Aufnahme.
8. Sonstige Fälle der Nr. 2.
9. Forderungen.

1) Zu §§ 133, 134: **Ertheilung der Genehmigung.** In den §§ 133, 134 sind Verwaltungsakte zusammengestellt, für die bei ihrer Wichtigkeit ein Ermessen des Verwalters allein nicht wünschenswerth war. Es ist deshalb angeordnet, daß für solche Handlungen die Genehmigung des G.Ausschusses erforderlich ist. In dessen Ermangelung muß nach § 134 der G.Versammlung befragt werden. Wo indeß eine umständlichere und der Oeffentlichkeit ausgesetzte Berufung und Beschlußfassung einer G.Versammlung unthunlich erschien, soll nach § 133 nur die Genehmigung des G.Ausschusses eingeholt werden, wenn ein solcher (vom Gerichte oder von der G.Versammlung) bestellt ist, und, wenn er fehlt, der Verwalter — vorbehaltlich der Vorschrift des § 135 — diese Akte doch selbständig vorzunehmen berechtigt sein. Der G.Ausschuß kann seine Genehmigung zu den im § 133 bezeichneten Geschäften oder zu einzelnen Klassen davon ganz allgemein ertheilen, sofern nur nicht dabei der gesetzliche Zweck der Kontrolle durch eine solche Ermächtigung vereitelt wird. Vgl. Mot. 356; Endemann S. 471; Völderndorff zu c. (a. Ende). Eine Beschränkung, daß die Genehmigung nur immer für den einzelnen Fall einzuholen sei, ist nicht vorgeschrieben, und dem Ausschusse ist außer der im § 92 vorgeschriebenen Sorgfalt, mit der das Vertrauen zum Verwalter und die Vorausgenehmigung zumal in einfacheren Konkursen und für die Angelegenheiten zu 2 vereinbar ist, keine besondere Art der Prüfung zur Pflicht gemacht. — Die Zurücknahme einer ertheilten Genehmigung vor der Ausführung der Handlung steht der von Anfang an erklärten Verweigerung der Genehmigung gleich. — Die Beschlüsse der G.Versammlung unterliegen dem in § 99 festgesetzten Veto des Gerichts.

2) Voraussetzung für alle in den §§ 133, 134 erwähnten Handlungen ist, **daß der Verwalter sie will** (vgl. § 135). Dies ist durch das Wort: „Genehmigung" ausgedrückt (ratum habere); es handelt sich um die Zustimmung zu dem vom Verwalter Gewollten. Im E. I. §§ 133, 134 war für die Akte zu § 133 Nr. 1 die „Genehmigung" mit der im § 136 angegebenen Wirkung in Aussicht genommen, und für die Akte der jetzigen § 133 Nr. 2 und § 134 die „Zustimmung" des Ausschusses als zur Gültigkeit der Rechtshandlung erforderlich erklärt. Dagegen ist durch den Ausdruck Genehmigung nicht bezeichnet, daß nicht bloß der Wille des Verwalters, sondern auch die Handlung schon vorangegangen sei, was als Regel dem Zwecke, dem § 135 und dem Wortlaute in Nr. 1 und 2 „werden sollen" widerspräche. Er hat darüber selbständige Entschließung und bleibt für seine Bethätigung verantwortlich. Die Verantwortung wird ihm dadurch nicht abgenommen, daß er die Genehmigung des Ausschusses, der dafür ebenfalls verantwortlich ist (§ 89), oder der G.Versammlung einholt und erhält. Gegen seinen Willen kann der Verwalter vom Ausschusse oder von der Versammlung zu solchen Handlungen, z. B. zur Anstrengung eines Prozesses nicht gezwungen werden. Die Zulässigkeit eines solchen Zwanges folgt nicht

Digitized by Google

aus § 133 (Prot. 88) und würde dem Grundsatze des § 117 widersprechen. Ein Widerstreit der Meinungen ist durch einen Rückgriffsprozeß oder durch Entlassung des Verwalters zu erledigen. Ohne Antrag des Verwalters hat das Gericht zum Zwecke des § 134 eine G.Versammlung nicht zu berufen. Andrerseits kann der Verwalter in dringenden Fällen, allerdings auf eigene Verantwortung, allein handeln und die Genehmigung nachher einholen, wobei seine Rechtshandlungen Dritten gegenüber nach § 136 jedenfalls rechtsgültig sind. — Zu Freigebigkeiten, die nicht etwa übliche Verwaltungsakte sind (z. B. Weihnachtsgeschenke an das Geschäftspersonal) ist der Verwalter, auch mit Genehmigung des Ausschusses oder der G.Versammlung, überhaupt nicht befugt. RG. 10. Mai 1886, JW. 196.

3) Zu Nr. 1. **Frühzeitiger Verkauf von Gegenständen.** Die Nothwendigkeit der Genehmigung für die Fälle des § 133 Nr. 1 dient in Verbindung mit § 135 insbesondere dazu, ein besonderes Vorstadium einer einstweiligen Verwaltung überflüssig zu machen. Vgl. Vorb. vor § 117. Die „Gegenstände", über deren frühzeitigen Verkauf Nr. 1 bestimmt, sind auch hier im weitesten Sinne einschließlich der Forderungen und Rechte, der beweglichen und unbeweglichen Sachen verstanden, vgl. Anm. 1 zu § 43. Indeß bestehen neben der Vorschrift zu Nr. 1 für einen Verkauf von Forderungen in späterer Zeit noch die Beschränkung in Nr. 2 (Anm. 9) und außerdem für die Veräußerung bestimmter Klassen von Rechten die Beschränkung des § 134 Nr. 1. Ebenso besteht neben § 133 Nr. 1 für die Veräußerung unbeweglicher Sachen aus freier Hand die Vorschrift des § 134 Nr. 1. Abgesehen von diesen ferneren Einschränkungen ist nach Nr. 1 eine Genehmigung des Ausschusses *nicht* einzuholen: a. für einen Verkauf *nach* den in Nr. 1 bestimmten Zeitmomenten, b. für einen Verkauf, dessen Aussetzung für die Masse einen offenbaren Nachtheil (durch Verderben der Sachen, Aufbewahrungs- oder Unterhaltungskosten — Vieh, — Entwerthung mit dem Zeitverlauf oder mit Aenderung der Konjunkturen) erwarten läßt. Maßgebend ist für den Entschluß die Zeit des gewollten Verkaufs, nicht ob sich später gezeigt hat, daß ein Nachtheil in der That nicht eingetreten sein würde. Die Genehmigung ist ferner nicht nöthig: c. für einen Verkauf, der durch die Fortführung des Geschäfts veranlaßt wird, also so erfolgt, wie es der Betrieb eines derartigen Geschäfts gewöhnlich mit sich bringt; H.G.B. § 54; dazu ist ein Ausverkauf nicht zu rechnen.

4) **Zu Nr. 2. Werthgrenze.** Für alle Handlungen unter Nr. 2 wird die Genehmigung nur erfordert, wenn es sich um mehr als 300 Mark Werth handelt. Mot. 354. Bestimmend ist der Werth (nicht ein Nominalwerth von Aktien u. dgl.) und zwar der Werth zur Zeit der beabsichtigten oder erfolgten Handlung. Im Streitfalle, wenn der Verwalter in Anspruch genommen wird, weil er ohne Genehmigung gehandelt hat, Anm. 2 zu § 136, hat das Prozeßgericht über den Werth zu entscheiden: sofern es sich jedoch nur um eine Ordnungsstrafe handelt, hat das K.Gericht den Werth abzuschätzen.

5) **„Erfüllung von Rechtsgeschäften."** Nur wenn der Verwalter die Erfüllung von Rechtsgeschäften nach §§ 17, 25, 59 Nr. 2 seinerseits *verlangen* will, hat er die Genehmigung einzuholen, nicht, wenn er es bei der Nichterfüllung bewenden lassen will. Der gesetzgeberische Grund liegt darin, daß die Nichterfüllung nur K.Forderungen erzeugt, das Verlangen der Erfüllung aber Masseansprüche, Mot. 354. Die Nichterfüllung gilt für den Konkurs als Regel. Anm. 6 zu § 17. R.O.H. 25, 288. Auch für die Kündigung oder Aufhebung von Pacht-, Mieth- und Dienstverträgen gemäß §§ 19—23 bedarf der Verwalter daher keiner Genehmigung; die Versäumung einer vertragsmäßig erforderlichen Kündigung kann dagegen das Verlangen der Erfüllung bedeuten.

6) **„Prozesse anhängig machen."** Hier ist nur von Prozessen die Rede, die der Verwalter anstrengen will. Vgl. C.P.O. §§ 253, 263. Prozesse, die *gegen* ihn wegen Aussonderungs-, Absonderungs-, Masse-Ansprüchen oder von K.Gläubiger erhoben werden, *sind* schon anhängig, wenn ihm die Klage zugestellt ist, und „sollen" also nicht noch anhängig gemacht werden. Zur Führung solcher Prozesse bedarf er überhaupt keiner Genehmigung. Will er jedoch eine Widerklage erheben (C.P.O. § 281), so muß er die Ge-

Digitized by Google

nehmigung einholen, entsprechend der P. §§ 158 Nr. 5, 222 Nr. 3, die freilich genauer ausdrückte: „Anstellung von Klagen", und entsprechend einer verständigen Beurtheilung der sachlichen Bedeutsamkeit der Handlung, durch die der Verwalter einen prozessualischen Angriff beginnen will. Unzweifelhaft hat die Erhebung einer Widerklage wegen 100 000 Mark kein geringeres Recht auf die Berücksichtigung des Ausschusses, als die Erhebung einer Klage wegen 310 Mark. Unter diesen Umständen kann auf den Wortausdruck, daß durch die Widerklage nicht ein Prozeß, sondern ein Anspruch anhängig gemacht wird, kein Gewicht gelegt werden, Sarwey-Bossert Anm. 5; Stieglitz Anm. II; Völderndorff Anm. 25; Petersen-Kleinfeller Anm. 11; a. M. Endemann S. 475; Fitting § 23 Anm. 24. — Eine Beschränkung auf Prozesse, die die Aktivmasse betreffen (so Mot. 354, Hullmann Anm. 8, Sarwey-Bossert Anm 5, Fitting § 23, IV 1b) entspricht dem Gesetze nicht. Prozesse des Verwalters als Klägers über die Passivmasse (vgl. § 146 Abs. 6 u. C.P.O. § 231) sind nicht ausgeschlossen. Jeder Prozeß stellt durch die Kostenpflicht zugleich eine Schmälerung der Aktivmasse in Frage, und die Frage, zu welchen Handlungen die Genehmigung des Ausschusses einzuholen ist, soll in § 133 vollständig abgehandelt werden, wie auch die folgenden Rubriken bestätigen, ohne Unterschied, ob sie die Aktiv- oder die Passivmasse betreffen; die Ueberschrift des Tit. 3 entscheidet daher nicht. — Um einen (etwa zweifelhaften) Prozeß *nicht* anzustrengen, ist eine Genehmigung *nicht nöthig*; sie kann nur nöthig werden, wenn dadurch zugleich ein anderer der in Nr. 2 erwähnten Akte ausgeführt, z. B. ein Masseanspruch anerkannt) wird. Prot. 87, 88.

Im Prozesse hat der Verwalter die Stellung eines gesetzlichen Vertreters im Sinne der C.P.O. §§ 51, 473, 477 zufolge der in Vorbem. 3 vor I Tit. 1 und Anm. 5 zu § 6 entwickelten Grundsätze. Die von ihm vertretene Partei im Sinne des § 473 C.P.O. (hinsichtlich der Zulässigkeit der Zuschiebung und Zurückschiebung von Eiden) ist der G.-Schuldner, dessen Verwaltungs- und Verfügungsrecht er ausübt (§ 6); es sind nicht die K.Gläubiger, wenngleich er das Verwaltungsrecht im gemeinsamen Interesse der K.Gläubiger auszuüben hat. Im Anwaltsprozesse muß der Verwalter, wie jeder gesetzliche Vertreter, sich durch einen zugelassenen Rechtsanwalt vertreten lassen, C.P.O. § 78. Seine Legitimation als gesetzlicher Vertreter hat der Prozeßrichter von Amtswegen zu prüfen, C.P.O. § 56. Sie ist durch die Bestallung (§ 81) nachzuweisen, wenn sie nicht notorisch ist. Ueber den Nachweis der Genehmigung nach § 133 beim Prozeßgerichte vgl. Anm. 2 zu § 136.

7) **Die Ablehnung der Aufnahme** von *Prozessen* bezieht sich sowohl auf die für, als die gegen den G.Schuldner angestrengten, wenn sie die K.Masse betreffen. §§ 10, 11, C.P.O. § 240. Der Grund für das Erfordern der Genehmigung des Ausschusses liegt darin, daß durch den Verzicht auf Prozeßrechte (§ 10) oder durch Anerkennung von Ansprüchen des Gegners (§ 11) eine Schmälerung der Masse bewirkt werden kann.

8) Für das Erfordern der Genehmigung zum Abschließen von **Vergleichen, Schiedsverträgen,** zum Anerkennen von **Aussonderungs-, Absonderungs-** oder **Masseansprüchen** (d. h. Ansprüchen gegen die Masse entsprechend dem § 11, vgl. Vorb. vor § 58) und zur **Einlösung von Pfandstücken,** d. h. im Sinne der K.O. von allen Gegenständen, an denen ein Absonderungsanspruch geltend gemacht wird, weil bei diesen allen die Einlösung eine Anerkennung eines Absonderungs-Anspruchs enthält, liegt der Grund auch darin, daß stets eine Schmälerung der Aktivmasse in Frage steht. Mot. 354. Nicht nur eine ausdrückliche Erklärung des Anerkenntnisses, sondern auch das thatsächliche Anerkenntniß, namentlich auch dasjenige, das durch Unterlassung eines Widerspruchs im gerichtlichen Verfahren erfolgt, unterliegt der Nothwendigkeit der Genehmigung, mit der überall zu verstehenden Bedeutung der Wirksamkeit der Handlung im Falle der Nichteinholung der Genehmigung nach § 136. Das **RG.** 10. Juli 1893, JW. 428 hat zu Unrecht im Falle der Anerkennung eines Anspruchs auf Befriedigung aus den bereiten Mitteln der K.Masse nicht die Anerkennung eines Masseanspruchs gefunden.

9) Unter der **Veräußerung einer Forderung** ist nicht eine bei der Einziehung geschäftsübliche oder nothwendige Weiterbegebung verstanden, so z. B. nicht die für eine

Digitized by Google

bezahlte Hypothekenforderung statt der Quittung (ohne Gewährleistung) erklärte Abtretung; auch nicht eine behufs Einziehung eines Wechsels an anderen Orten erfolgte Begebung. Dagegen ist für jede von der gewöhnlichen Verwerthung und Einziehung der Forderung abweichende Art der Verwerthung (für einen meistbietenden wie freihändigen Verkauf) die Genehmigung einzuholen. Dies bezieht sich auch auf den Fall, wenn Forderungen, die sonst nicht sachgemäß zu verwerthen sind, etwa an einzelne Gläubiger veräußert werden sollen. Mot. 354, 355.

§ 134. (122.)

Der Verwalter hat die Genehmigung des Gläubigerausschusses oder, wenn ein solcher nicht bestellt ist, die Genehmigung einer Gläubigerversammlung einzuholen:

1. wenn ein unbeweglicher Gegenstand aus freier Hand, oder das Geschäft oder das Waarenlager des Gemeinschuldners im Ganzen, oder das Recht auf den Bezug wiederkehrender Einkünfte veräußert werden soll;
2. wenn Darlehen aufgenommen, fremde Verbindlichkeiten übernommen, zur Masse gehörige Gegenstände verpfändet, oder Grundstücke erstanden werden sollen.

E. I. 134. P. 157—159. 222. 223. 256. 264. 273 ff. K.O.N.

1. Veräußerung von unbeweglichen Gegenständen aus freier Hand.
2. Veräußerung des Geschäfts oder Waarenlagers im Ganzen.
3. Veräußerung des Rechts auf den Bezug wiederkehrender Einkünfte.
4. Geschäfte des Abs. 2.

1) Vgl. Anm. 1 und 2 zu § 133. Zu Nr. 1. Unter Nr. 1 ist die Einholung der Genehmigung für drei Klassen von Veräußerungen bestimmt: a. **Veräußerung von unbeweglichen Gegenständen aus freier Hand.** Der einer Genehmigung nicht bedürfende Gegensatz zur freien Hand ist die Zwangsversteigerung, vgl. § 126, Mot. 355; Sarwey-Bossert Anm. 3, Jäger Anm. 1, Stieglitz Anm. 1, Völderndorff 2, 330, — nicht mit Petersen-Kleinfeller Anm. III 15, Fitting § 23 Anm. 30, Endemann S. 476, jede öffentliche Versteigerung, die vom Verwalter mit entsprechender Genehmigung immerhin veranlaßt werden mag, indeß von ihm nebst den seinerseits bestimmten oder mit Anderen (Hypothekengläubigern) vereinbarten Bedingungen veranlaßt, nach Form und Wirkung stets ein freihändiger Verkauf bleibt, sofern sie nicht als Zwangsversteigerung vom Verwalter nach § 126 oder von Absonderungsberechtigten auf Grund ihrer Rechte beantragt wird. Ein Sprachgebrauch, der gegenüber der frei gewollten Veräußerung einen anderen Gegensatz, als den des Zwanges aufstellen wollte, muß bestritten werden. Wirthschaftlich bietet eine Versteigerung eine sachgemäße Gewähr dafür, daß ein höherer Werth nicht zu erlangen ist, also eine Genehmigung des Ausschusses oder der G.Versammlung nicht erforbert zu werden braucht. Der Verwalter bleibt dabei immer in Betreff der Zeit und der Bedingungen der Versteigerung verantwortlich. — Die Veräußerung beweglicher Zubehörstücke eines Immobile, z. B. von Erntevorräthen, Inventarienstücken, soll offenbar vom § 134 nicht betroffen werden; auch wird der sprachgebräuchlichen Bedeutung gemäß unter der Veräußerung hier nur das Weggeben des Eigenthums (nicht jede Entäußerung von Rechten) zu verstehen sein, Fitting § 23 Anm. 30; Endemann S. 476. Die Aufnahme von Hypothekenkapitalien ist unter Nr. 2 besonders behandelt

2) b. **Veräußerung des „Geschäfts oder Waarenlagers im Ganzen".** Den einer Genehmigung nicht bedürfenden Gegensatz bilden die Fortführung des Geschäfts durch eine der bisherigen Führung entsprechende Verwerthung im Einzelnen (Anm. 3 zu § 133); sowie ein Ausverkauf im Einzelnen. Mot. 355. Die früher erörterte Frage, ob eine Veräußerung des Geschäfts im Ganzen nur dann anzunehmen sei, wenn alle Aktiva und Passiva mit übergehen, oder auch wenn das gesammte Waarenlager als

Digitized by Google

Ganzes veräußert wird, ist durch den von der K.O.N. gemachten Zusatz Geschäft „oder Waarenlager" erledigt. Die Ausschließung vereinzelter Theile des Geschäfts kann den Charakter des Verkaufs im Ganzen nicht ändern. Das Recht zum Gebrauch des Namens des G.Schuldners, also der Firma kann der K.Verwalter, weil dies nicht ein Vermögensrecht ist, mit dem Geschäfte nur mit Genehmigung des G.Schuldners veräußern. RG. 9, 104; vgl. Anm. 4 zu § 1.

3) c. Veräußerung des **Rechts auf wiederkehrende Einkünfte.** Die Veräußerlichkeit eines solchen Rechts auf den Bezug von Einkünften (sowohl § 69, als § 70 umfassend, vgl. Anm. 2 zu § 69) setzt voraus, daß das Recht selbst zu dem bereits zur Zeit der K.Eröffnung erworbenen Vermögen des G.Schuldners und damit zur K.Masse nach § 1 gehört, und ferner, daß es nicht unlösbar an die Person des G.Schuldners gebunden ist, sondern der Zwangsvollstreckung (§ 1, C.P.O. §§ 632, 857) unterliegt (Mot. 355).

4) Ueber die Zulässigkeit der **unter Nr. 2 vermerkten Geschäfte:** Darlehne, Uebernahme fremder Verbindlichkeiten, Verpfändungen, Erstehen von Grundstücken, und über die Feststellung des geschäftlichen Zusammenhangs mit der K.Masse vgl. Anm. 5 zu § 6. Unter dem „Erstehen" von Grundstücken ist der Erwerb nicht nur in öffentlicher Versteigerung, sondern auch durch sonstigen freiwilligen Vertrag einbegriffen. Völderndorf zu z. — Die Aufgabe von Erbschaften oder Vermächtnissen durch den Verwalter, die vor Erlaß der K.O.N. ebenfalls der Genehmigung durch den G.Ausschuß oder die G.Versammlung bedurfte, steht jetzt gemäß § 9 nur dem G.Schuldner selbst zu.

§ 135. (123.)

Der Verwalter hat in den Fällen der §§ 133, 134 vor der Beschlußfassung des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung, und in den Fällen des § 133, wenn ein Gläubigerausschuß nicht bestellt ist, vor der Vornahme der Rechtshandlung dem Gemeinschuldner, sofern derselbe ohne Aufschub zu erlangen ist, von der beabsichtigten Maßregel Mittheilung zu machen.

Das Gericht kann auf Antrag des Gemeinschuldners, sofern nicht die Gläubigerversammlung die Genehmigung ertheilt hat, die Vornahme der Rechtshandlung vorläufig untersagen und zur Beschlußfassung über die Vornahme eine Gläubigerversammlung berufen.

E. I. 135. P. 160.

1. Mittheilung. | 2. Beschwerderecht.

1) Die **vorherige Mittheilung** des § 135 soll dem G.Schuldner **einen Schutz** gegen übereilte Maßregeln des Verwalters und des Ausschusses gewähren. Der Schutz besteht nur darin, daß das Gericht die Vornahme einer, in den §§ 133, 134 bezeichneten, beabsichtigten Maßregel untersagen kann, bis eine (zu berufende) G.Versammlung hierüber beschlossen hat. Das Gericht hat nur die Befugniß, vorläufig zu untersagen und zugleich die G Versammlung zu berufen; es kann sich nicht auf die Untersagung beschränken. Vgl. die Redaktion in § 17 Abs. 1. Gegen einen Beschluß der G.Versammlung ist dem G.-Schuldner kein Schutz und kein Recht auf Gehör im K.Verfahren gegeben, da § 99 dem G.Schuldner nicht zu statten kommt. Die K.O. geht davon aus, daß in dieser Beziehung die Interessen des G.Schuldners, soweit sie im K.Verfahren berechtigt sind, mit denen der Gläubiger übereinstimmen und deshalb durch die Gläubiger mit vertreten werden, Abs. 2 findet daher keine Anwendung, sobald die G.Versammlung genehmigt hat. Dagegen bezieht sich die nach Abs. 2 zulässige vorläufige Untersagung auch darauf, daß dem Ausschusse und dessen etwaiger Genehmigung gegenüber die Vornahme der Handlung untersagt wird; der G.Schuldner kann auch von dem Beschlusse des Ausschusses gemäß § 135 durch Vermittelung des Gerichts den Beschluß der Versammlung anrufen. Mot. 357.

Digitized by Google

Eine Einschränkung des Rechts des G.Schuldners hinsichtlich des § 133 Nr. 1 enthält der § 177 Abs. 2.

Die Mittheilung des Verwalters an den G.Schuldner **kann formlos**, mündlich oder schriftlich erfolgen, vgl. § 77 Abs. 2. Die Einschränkung: sofern der G.Schuldner ohne Aufschub zu erlangen ist, bedeutet cum grano salis, wie im § 123 Abs. 1: sofern das Abwarten seiner Kenntnißnahme und Erklärung keine sachlichen Nachtheile für die Masse verursacht.

2) Wird vom Gerichte ein Antrag des G.Schuldners auf vorläufige Untersagung abgelehnt, so steht dagegen dem G.Schuldner die **Beschwerde** zu (a.M. Fitting § 23 Anm. 39; vgl. dagegen Anm. 8 zu § 73); der Verwalter hat gegen eine vorläufige Untersagung die Beschwerde, § 73. Haben der Verwalter oder der Ausschuß ohne vorgängige Benachrichtigung des G.Schuldners eine Handlung schon ausgeführt oder genehmigt, so hat dies nur einen Einfluß auf die Verantwortlichkeit dem G.Schuldner gegenüber (vgl. §§ 136, 82, 89), und auch diese wird beseitigt, wenn eine G.Versammlung unter Zuziehung des darin zum Gehör zu verstattenden G.Schuldners die Handlung genehmigt oder erklärt, daß sie die Handlung, wenn vorher berufen, genehmigt haben würde.

§ 136. (124.)

Durch die Vorschriften der §§ 133—135 wird die Gültigkeit einer Rechtshandlung des Verwalters dritten Personen gegenüber nicht berührt.

E. I. 133. 134.

1. Unbefugte Rechtshandlungen des Verwalters. | 2. Befugnisse des Verwalters gegen Dritte und gegen Behörden.

1) **Unbefugte Rechtshandlungen des Verwalters**, das heißt solche mit deren selbständiger Vornahme er die Bestimmungen der §§ 133—145 überschreitet, sind nicht etwa ungültig. Die §§ 133—135 sind nur „Kautelen für den inneren Geschäftsgang." Sie „sollen nicht nach außen wirken. Ihre Nichtbeachtung begründet eine Verantwortlichkeit des Verwalters, soll aber die Gültigkeit der von ihm vorgenommenen Rechtshandlung und die Wirksamkeit einer Masseschuld dem Dritten gegenüber in keiner Weise beeinträchtigen. Der Verwalter ist nach außen der gesetzliche Disponent, § 6." Dem Publikum soll nicht zugemuthet werden, zu prüfen, ob ein Ausschuß bestellt, eine G.Versammlung vorschriftsmäßig berufen ist, ob diese ordnungsmäßig beschlossen haben und das Rechtsgeschäft zu der einen oder anderen Kategorie gehört. Mot. 356. Prot. 90, 170, 171. Nach Analogie des H.G.B. § 50 Abs. 1, § 126 Abs. 2, § 235 Abs. 2 u. a. O. und der C.P.O. §§ 83, 84 betreffen die §§ 133—135 nur das Verhältniß zwischen dem Verwalter, dem Ausschusse und der G.Versammlung und die Verantwortlichkeit des Verwalters gegenüber dem G.Schuldner und den K.Gläubigern, nicht die Rechtsverbindlichkeit seiner Handlungen für den G.Schuldner. Gegen die **Gültigkeit** der Rechtshandlung können weder der Verwalter, noch der G.Schuldner, noch die Gläubiger, noch ein Dritter Einwand erheben, wenngleich der Verwalter ohne die erforderliche Genehmigung gehandelt hat. Der Verwalter setzt sich in diesem Falle nur dem Rückgriff und den Maßregeln des Gerichts aus.

2) **Einem Dritten gegenüber** braucht der Verwalter die Ertheilung der Genehmigung gemäß §§ 133, 134 nicht nachzuweisen. Er bedarf zu seiner Legitimation nur seiner Bestallung, § 81. Der Prozeßgegner kann daher die Legitimation des Verwalters nicht bestreiten, weil dieser die Genehmigung des G.Ausschusses nicht beigebracht hat. **RG. 20,** 110; 20. Jan. 1882, JW. 91. Ebensowenig braucht der Verwalter dem **Prozeßgerichte** die Genehmigung nach § 133 Nr. 2 nachzuweisen. Unter der nach C.P.O. §§ 56, 51 von Amtswegen zu prüfenden Ermächtigung zur Prozeßführung ist nur eine solche zu verstehen, die nach dem bürgerlichen Rechte zur Rechtsgültigkeit und Wirksamkeit der Prozeßführung für den Vertretenen seinem Gegner gegenüber nöthig ist. Eine solche im Sinne der C.P.O. §§ 51, 56 gemeinte Ermächtigung ist für den Verwalter durch den § 133 Nr. 2 nicht vorgeschrieben, sondern durch § 136 für unnöthig erklärt. **RG. 20,** 110. Demgemäß ist

Digitized by Google

nach § 136 auch die Kenntniß des Dritten, daß für den Konkurs ein Ausschuß bestellt ist und daß dessen Genehmigung nicht eingeholt ist, der Gültigkeit der Handlung nicht hinderlich; abgesehen davon, daß durch Arglist auch in dieser Beziehung Ansprüche begründet werden können. Petersen-Kleinfeller zu I., 4; Sarwey-Bossert zu § 136; Völderndorff zu c; Endemann S. 470. Ihre wesentliche Bedeutung behalten die Vorschriften der §§ 133—135, wenn es sich um einen Rückgriff der K.Gläubiger oder des G.Schuldners gegen den Verwalter, um dessen Rechnungslegung und um den von ihm aus der Masse verlangten Ersatz von Ausgaben für seine nicht genehmigten Rechtshandlungen handelt. Sofern der Verwalter bei seinen Rechtshandlungen, Verträgen, Vergleichen u. s. w. die Genehmigung des Ausschusses oder der G.Versammlung vorbehält, schiebt dies natürlich als Bedingung auch dem Dritten gegenüber die Gültigkeit auf.

Aus diesem Verhältnisse gegenüber den Dritten folgt, daß auch den **Behörden**, für die hinsichtlich der Rechtshandlungen der §§ 133, 134 das Rechtsverhältniß Dritten gegenüber zur Beurtheilung kommt, die Ertheilung der Genehmigung nicht nachgewiesen zu werden braucht. Die Rechtshandlungen des Verwalters sind auch ohne einen solchen Nachweis zu berücksichtigen. Das Grundbuchamt, das die Rechtsgültigkeit der Eintragungs- oder Löschungsbewilligung oder einer Auflassung (ohne Prüfung der ihnen zu Grunde liegenden Geschäfte) zu prüfen hat, kann Eintragungen und Löschungen wegen fehlender Genehmigung nicht beanstanden.

§ 137. (125.)

Wenn ein Gläubigerausschuß bestellt ist, und die Gläubigerversammlung nicht ein Anderes beschließt, bedürfen Quittungen des Verwalters über den Empfang von Geldern, Werthpapieren oder Kostbarkeiten von der Hinterlegungsstelle und Anweisungen des Verwalters auf die Hinterlegungsstelle zu ihrer Gültigkeit der Mitzeichnung eines Mitgliedes des Gläubigerausschusses.

E. I. 136. 137. P. 161. 221. 244.

1. Beschränkung im Empfang von Leistungen.
2. Umfang der Beschränkung.
8. Anwendung auf Wechsel.

1) Die Vorschrift des § 137 spricht in ihrem ersten Theil zwar nur von Quittungen d. h. den **Urkunden über Empfang einer Leistung**. Gemeint ist aber, daß eine der bezeichneten Leistungen mit unbedingter Wirksamkeit nur gegen eine von dem Verwalter und einem Ausschußmitglied vollzogene Quittung bewirkt werden kann. Ebenso ist der zweite Theil dahin zu verstehen, daß die Hinterlegungsstelle auf eine Anweisung des Verwalters nur dann mit unbedingter Wirksamkeit leisten kann, wenn die Anweisung schriftlich ertheilt und von einem Ausschußmitglied mitgezeichnet ist.

2) **Die Beschränkung des § 137** bezieht sich nicht auf den Verkehr des Verwalters mit dem Publikum (Dritten), von dem er nach § 117 unbeschränkt allein Gelder u. s. w. in Empfang nehmen kann, sondern nur auf den Verkehr mit der nach §§ 129, 132 bestimmten Hinterlegungsstelle. Prot. 88. Die Beschränkung findet überhaupt keine Anwendung, wenn ein G.Ausschuß nicht bestellt ist. Die G.Versammlung kann die Beschränkung ganz fallen lassen oder vermindern, aber nicht dadurch verschärfen, daß sie die Mitunterschrift von mehr als einem Mitglied verlangt, auch nicht in der Weise umgrenzen, daß sie nur einem bestimmten Mitgliede die Befugniß giebt, mit dem Verwalter zu unterzeichnen. Ein solcher Beschluß würde wohl das wider den Beschluß handelnde Mitglied verantwortlich machen können, nicht aber die Hinterlegungsstelle beengen. Sofern jedoch § 137 maßgebend bleibt, wird die Hinterlegungsstelle gegenüber der K.Masse nur durch die Mitzeichnung eines Ausschußmitgliedes entlastet, da diese zur Gültigkeit von Quittungen und Anweisungen des Verwalters gehört. Es ist daher Sache der Hinterlegungsstelle, sich zu überzeugen, ob ein Ausschuß bestellt ist und welche Mitglieder ihn bilden. Vgl. RG. 8, 89; Petersen-Kleinfeller Anm. 2. Da aber als Hinterlegungsstelle

Digitized by Google

nicht nur die gesetzlich für Hinterlegungen bestimmte Behörde, sondern jedes Bankinstitut oder jede Privatperson benutzt werden, auch eine zinsbare Anlegung des Geldes bei der Hinterlegungsstelle erfolgen kann (vgl. Anm. zu § 132), so muß bei der Niederlegung oder Anlegung von Geld u. s. w. gegenüber der Hinterlegungsstelle durch den Verwalter zum Ausdruck gebracht sein, daß es sich um eine Hinterlegung im Sinne des § 137 handelt, daß die Hinterlegungsstelle durch Beschluß des Gerichts oder des G.Ausschusses (§ 129) oder der G.Versammlung (§ 132) bestimmt war. Sonst kann sie für eine Verletzung der Vorschriften des § 137 nicht verantwortlich gemacht werden. RG. 54, 209 ff. Ob die Hinterlegung vor oder nach der Bestellung des G.Ausschusses stattfand, begründet keinen Unterschied, da das Gesetz hierin nicht unterscheidet.

3) **Die Anwendung der Vorschrift auf Wechsel** wird trotz des begrifflichen Unterschiedes zwischen Anweisungen und Wechseln ergeben, daß die Hinterlegungsstelle Wechsel, die mit erklärter oder bekannter Bezugnahme auf hinterlegte zur K.Masse gehörige Beträge auf sie gezogen werden, nicht annehmen oder bezahlen darf, wenn sie nicht vom Verwalter und einem Ausschußmitglied gezogen sind. Der einmal angenommene Wechsel verpflichtet natürlich die Hinterlegungsstelle wechselmäßig, die Bezahlung wird sie aber nicht der K.Masse gegenüber unter allen Umständen befreien. Ebenso Seuffert S. 324, Jäger Anm. 3. A.M. Sarwey-Bossert Anm. 4, Petersen-Kleinfeller Anm. 3.

Vierter Titel.
Schuldenmasse.

1) Dem Verfahren zur Feststellung der **Konkurs-Forderungen** sind im Wesentlichen die Grundsätze der preuß. K.O. v. 1855 zu Grunde gelegt, die an das französische Recht verbessernd angelehnt, in den Mot. 357 als Glanzpunkte der P. und als vorzüglich bewährt bezeichnet werden. Ein Ausschluß findet während des K.Verfahrens, sowie nicht gegen Aus- und Absonderungsansprüche (I. Tit., 4, 5), so auch nicht gegen K.Forderungen statt. Ein Recht darauf ist für die zeitig anmeldenden Gläubiger nicht zu begründen. Sie können nur beanspruchen, daß das bereits im Konkurse Festgestellte, Beschlossene und Ausgeführte nicht durch die nachträglich hinzutretenden Gläubiger angefochten oder in Frage gestellt wird und daß die Kosten verspäteter Anmeldung nicht der K.Masse zur Last fallen. Eine gleichzeitige Feststellung aller Ansprüche in einem einheitlichen Lokationserkenntnisse erfolgt nicht.

Bei der K.Eröffnung wird **eine** Anmeldungsfrist und **ein** späterer Prüfungstermin festgesetzt. In diesem Termine werden die zeitig angemeldeten und, sofern nichts dagegen eingewendet wird, auch die nachträglich gemeldeten Forderungen geprüft. Die vom Verwalter oder von anderen Gläubigern nicht bestrittenen gelten als festgestellt. Die vom Verwalter oder von einem Gläubiger bestrittenen gelten als streitig. Die streitigen werden für die Vertheilung nur berücksichtigt, wenn für sie ein näher bestimmter, wenigstens vorläufig feststellender Titel vorliegt oder der Gläubiger durch Prozeß die Feststellung bewirkt. Die Prozesse auf Feststellung sind nicht Theile des K.Verfahrens; es ist Sache der einzelnen Betheiligten, sie zu betreiben, ohne daß die Entscheidung über den einzelnen Anspruch auf die Entscheidung wegen anderer Forderungen zu warten braucht. Wenn der bestrittene Gläubiger vor einer Vertheilung, deren Bevorstehen der Verwalter den Gläubigern anzeigen soll, einen Prozeß anstellt oder einen schon vorher anhängigen aufnimmt, so wird eine entsprechende Dividende für ihn zurückbehalten. Das Bestreiten einer Forderung durch den G.Schuldner hat auf seine persönliche Verpflichtung, nicht aber auf die Betheiligung an der K.Masse Einfluß.

Digitized by Google

§ 138. (126.)

Die Frist zur Anmeldung der Konkursforderungen beträgt zwei Wochen bis drei Monate. Der Zeitraum zwischen dem Ablaufe der Anmeldefrist und dem allgemeinen Prüfungstermine soll mindestens eine Woche und höchstens zwei Monate betragen.

E. I. 133. P. 164—168. K.O.N.

1. Anmeldepflicht.
2. Anmeldefrist.
3. Versäumung der Anmeldefrist.
4. Prüfungstermin.
5. Beschwerde.

1) Das Anmelde- und Prüfungsverfahren dient nur für die **Konkursforderungen**; andere gehören nicht in die Tabelle, § 145; Aussonderungs- oder Absonderungsberechtigte sowie Massegläubiger mögen ihre Rechte geltend machen, wann sie wollen, I. Tit. 4, 5, 7.

2) Die **Anmeldefrist** wird gemäß § 110 bestimmt. Die Mittheilung an die Betheiligten geschieht durch öffentliche Bekanntmachung und durch besondere Zustellung an die ihrem Wohnorte nach bekannten Gläubiger, § 111. Abweichend von P. § 167 ist nur eine Frist vorgeschrieben. Nach der namentlich in Preußen allgemeinen Praxis wird sie auf den Ablauf eines gewissen Tages bestimmt. Die Dauer der Frist ist mit zwingender Kraft bestimmt, so daß eine innerhalb der Mindestdauer erfolgende Anmeldung stets als rechtzeitig geschehen gilt. Sie sollte nach dem E. ein bis drei Monate sein; sie wurde von der R.K. herabgesetzt, um für einfachere Fälle den Prüfungstermin mit dem ersten (Wahl-) Termin nach § 110 Abs. 2 verbinden zu können (Prot. 171, 172); sie ist durch die K.O.N. in dem Mindestmaß noch weiter herabgesetzt. Um die Dauer richtig zu bemessen, ist zu beachten, wann die Bekanntmachung wirksam wird, §§ 76, 77; erst von da an läuft die Frist (Abw. berechnet sie Völderndorff zu c von der Festsetzung des § 110 an).

3) Die **Versäumung der Anmeldefrist** hat zur Folge, daß die Prüfung verspätet angemeldeter Forderungen in dem allgemeinen Prüfungstermin nicht verlangt werden kann, vielmehr die Anmeldenden die Prüfung in einem besonderen Termin auf ihre Kosten vornehmen lassen müssen, § 142, und an Vertheilungen, die inzwischen erfolgen, nicht theilnehmen, §§ 137, 140. Die Frist ist keine Nothfrist; es giebt also nach C.P.O. § 233 gegen die Versäumung keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Die Anmeldung kann indeß sofort nach der K.Eröffnung erfolgen, sodaß nur der Ablauf der Frist von Bedeutung ist. Wollte man dies nicht annehmen, so würde der Gläubiger die Vollendung einer Verjährung, die erst mit der Anmeldung unterbrochen wird (B.G.B. § 209), bis zum Beginn der Frist nicht hindern können, da eine Hemmung der Verjährung nicht eintritt (vgl. Anm. vor § 16; B.G.B., §§ 202 ff., Mot. 59). Vor der K.Eröffnung kann eine Anmeldung nicht erfolgen; die vorher angebrachten Anmeldungen sind auch dann nicht zu berücksichtigen, wenn sie mit der irrigen Annahme erfolgt sind, daß der K. bereits eröffnet sei.

4) Der **allgemeine Prüfungstermin** wird in gleicher Weise bestimmt und mitgetheilt wie die Anmeldefrist, Anm. 2. Der Zeitraum zwischen dem Ablauf der Anmeldefrist und dem Termin ist nur durch eine Ordnungsvorschrift bestimmt („soll"), die aber ungeachtet ihrer minderen Wirkung zu beachten ist. Wegen der Frist in Konsularsachen vgl. Gesetz v. 7. April 1900 § 47 Abs. 3.

5) **Sofortige Beschwerde** ist bei unrichtiger oder sachwidriger Bestimmung der Anmeldefrist wie des Prüfungstermins zulässig. Dies gilt namentlich für den Prüfungstermin deshalb, weil von dem Einhalten der Zwischenfrist die Möglichkeit einer gehörigen Prüfung der angemeldeten Forderungen durch den Verwalter und die K.Gläubiger abhängt. Petersen-Kleinfeller Anm. 3. Völderndorff 2, 352, 356. Für den Beginn der Beschwerdefrist ist die Wirksamkeit der Bekanntmachung, § 76, zu beachten.

Digitized by Google

§ 139. (127.)

Die Anmeldung hat die Angabe des Betrages und des Grundes der Forderung sowie des beanspruchten Vorrechts zu enthalten. Sie kann bei dem Gerichte schriftlich eingereicht oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers angebracht werden. Die urkundlichen Beweisstücke oder eine Abschrift derselben sind beizufügen.

E. I. 139. P. 169.

Feststellungsverfahren:
1. Wesen des Feststellungsverfahrens der K.O.
2. Stellung des Verwalters darin.
3. Stellung des widersprechenden Gläubigers darin.

Anmeldung:
4. Wesentlicher Inhalt.
5. a) Betrag.
6. b) Grund.
7. c) Vorrecht.
8. Unwesentliches der Anmeldung.
9. Form der Anmeldung.

1) **Das Feststellungsverfahren der K.O. ist seinem eigentlichen Wesen** nach ein Ermittelungsverfahren, das zur urtheilsmäßigen Festsetzung der Rechte der K.Gläubiger hinsichtlich ihrer Theilnahme an der K.Masse führen soll. Es kann hier dahin gestellt bleiben, ob man das Verfahren als ein außerordentliches Prozeßverfahren bezeichnen will (Schultze S. 140—156) oder als ein prozeßähnliches Verfahren (v. Canstein in Grünhut Zeitschrift Bd. 9) oder ob man die Thätigkeit des K.Richters im Feststellungsverfahren nur als eine beurkundende gelten lassen will (Eccius I, § 115 Anm. 6, vgl. dazu Anm. 2 zu § 145). Zweck und Ergebniß sind immer die Bestimmung der Theilnahme der K.Gläubiger an der K.Masse mit rechtskräftiger Wirkung. Das Verfahren erfolgt in seinem Anfange und seinem Ende jedenfalls vor dem K.Gerichte und *kann* als bestimmendes Moment für das Verfahren einen nicht vor dem K.Gerichte, sondern vor dem Prozeßgerichte zu verhandelnden förmlichen ordentlichen Civilprozeß erfordern, um zu einer bestimmten bejahenden oder verneinenden Feststellung zu gelangen. Für das gesammte Feststellungsverfahren, sowie für die etwa dadurch veranlaßten prozessualischen Streitigkeiten ist die *Anmeldung* der K.Forderung durch den K.Gläubiger die Grundlage. Nach der Gestaltung des Feststellungsverfahrens in der K.O., nach dem Verhältnisse und den Wirkungen der Erklärungen der einzelnen Betheiligten ist die Anmeldung der *Sache* nach der Antrag auf Gewährung desjenigen Vermögensanspruchs an den G.-Schuldner, für den der Gläubiger seine Theilnahme und sein Befriedigungsrecht hinsichtlich der K.Masse verwirklichen will, § 3, und zwar gemäß dem begrifflichen Verhältnisse des Fordernden zum Verpflichteten der gegen den G.*Schuldner als solchen* gerichtete Antrag auf entsprechende Gewährung aus der K.Masse. Diesem Antrage entspricht die Wirkung der rechtskräftigen Festsetzung als Ergebniß des Verfahrens, § 145 Abs. 2. Sie geht auf die der Feststellung entsprechende Leistung aus der K.Masse, §§ 152 ff., und hat sodann auch über den Konkurs hinaus unmittelbare Folgen gegen den G.Schuldner, §§ 164, 194, 206. Dem entsprechend ist daher die auf Feststellung gerichtete Klage, wenn eine solche nöthig, nicht eine Feststellungsklage im Sinne des § 256 C.P.O., deren Urtheil nur grundsätzlich ohne unmittelbar praktische Folgen über ein Rechtsverhältniß entscheiden soll, sondern ihr Ergebniß im Falle des Obsiegens, die Beseitigung des Widerspruchs und dadurch die im Sinne des § 145 erfolgende Feststellung, ist zugleich praktisch vollstreckbar und, vermöge der kraft Gesetzes mit der Feststellung verbundenen Wirkung, auf Betheiligung am Konkurse (Stimmrecht) und Leistung aus der K.Masse und unter Umständen auch auf Leistung darüber hinaus gerichtet. § 146 Anm. 2.

2) *Dem Antrage steht als Betheiligter hauptsächlich* **der Verwalter** *gegenüber* als Vertreter des G.Schuldners, gegen den der Antrag gerichtet ist, und zwar als dessen Vertreter für die K.Masse mit der Wirkung, daß seine Gegnerschaft, seine wirklichen oder angenommenen Anerkenntnisse und die gegen ihn ergehenden Erkenntnisse ihre Wirkung an sich nur auf die Masse, nicht gegen den G.Schuldner persönlich haben. Der grundsätzlichen Stellung des Verwalters gemäß hat er auch in dieser Thätigkeit den

Digitized by Google

G.Schuldner als redlichen, gesetzmäßig verfahrenden Schuldner und demgemäß zugleich im Interesse des K.Zwecks und aller K.Gläubiger zu vertreten. Er soll eben ein gerechtes Vertretungsorgan sein und hat sich als solches ohne Rücksicht auf besondere Interessen des G.Schuldners oder einzelner Gläubiger über die Wahrheit der beanspruchten Forderung und des verlangten Vorrechts zu erklären. Dies benimmt ihm (gegen Oetker 1, 483 ff.) nicht den Charakter eines Vertreters des G.Schuldners im Umfange der K.Masse. Für die Wirkung des Feststellungsverfahrens gegen den G.Schuldner *nach* dem Konkurse und gegen sein ferneres Vermögen bleibt der G.*Schuldner* selbst Gegner des Anmeldenden, § 141. In allen Fällen bleibt derselbe Anspruch und dasselbe Klagerecht, das dem Gläubiger gegen den G.Schuldner zustehen würde, wenn kein Konkurs wäre, (mit den Modifikationen aus den §§ 63—70) auch die Grundlage der Anmeldung und des daraus etwa entstehenden Rechtsstreits. Die rechtliche Eigenschaft der Forderung und damit selbst der rechtliche Anspruch auf einen bestimmten Ort der Erfüllung wird durch die K.Eröffnung nicht geändert, obgleich thatsächlich in Folge des Konkurses am K.Orte die Erfüllung zu erwarten ist; der Gläubiger kann mit Rücksicht auf die Erfüllung am K.Orte sein Interesse liquidiren, **RG.** 23. Mai 1882, JW. 192. In jeder Beziehung handelt es sich für die Feststellung und den Feststellungsstreit um dieselbe Forderung an den G.Schuldner.

3) Widersprechen **die einzelnen K.Gläubiger** der angemeldeten Forderung, wozu sie neben dem Verwalter berechtigt sind, so sind sie nicht insofern Gegner des Anmeldenden, als dieser von ihnen etwas verlangen könnte oder wollte; auch ihnen gegenüber bleibt Grund und Gegenstand des Streits darin beruhen, ob der Anmeldende eine Forderung gegen den G.Schuldner hat. Der bestreitende Gläubiger übt bei seinem Bestreiten auf Grund der ihm selbst zustehenden K.Forderung ein eigenes Recht aus. Die K.O. giebt ihm das Recht, durch seinen Widerspruch die Feststellung und deren Rechtskraft zu hemmen, §§ 144, 145, 147. Dies Widerspruchsrecht ist mit der ihm beigelegten Wirkung nicht ein bloß prozessualisches, sondern ein materiell-rechtliches, das ihn passiv ebenso zum Prozesse legitimirt, wie einen Kläger aktiv sein Klagerecht. Es hat, unter der Voraussetzung des Bestehens seiner eigenen K.Forderung, seinen Rechtsgrund in seinem Anspruche, daß nur die wirklich berechtigten K.Gläubiger ausschließlich Befriedigung aus der Masse fordern können. Er ist im Prozesse über die angemeldete Forderung kraft eignen Rechts selbst Partei, ohne Rücksicht darauf, ob der Verwalter ebenfalls widerspricht oder nicht. Will man die Rechtsstellung des widersprechenden Gläubigers im Verhältniß zum G.Schuldner und zum Verwalter nach den Rechtsgründen ihrer Verhältnisse prozessualisch vergleichen, so entspricht die Stellung des bestreitenden Gläubigers der eines Streitgenossen oder eines Nebenintervenienten des Verwalters mit dem Rechte selbständiger Streitgenossen und selbständiger Geltendmachung von Angriffs- und Vertheidigungsmitteln, also wie nach C.P.O. § 69. Dieser juristischen Grundlage entspricht das Feststellungsverfahren der K.O. Vgl. § 144, Anm. 2 zu § 146. Die Folgen dieser Gestaltung der Rechtsstellung finden (gegen Endemann S. 528 Anm. 30) ihre Bedeutung und ihren Ausdruck in dem Umfange und der Begründung der Einwendungen, mit denen der widersprechende Gläubiger eine angemeldete Forderung bestreiten und angreifen kann. Die hier gegebene Ansicht, die nur die gesetzgeberische Begründung des Widerspruchsrechts des Gläubigers neben dem des Verwalters erläutern soll, ist von Oetker 1, 325 ff. mißverstanden. Unzweifelhaft ist der widersprechende Gläubiger nicht als Nebenintervenient mit allen Folgerungen prozessualisch zu behandeln. Er ist für seinen Widerspruch in allen Fällen selbst Partei. — Es ist nicht nöthig und nicht zulässig, den widersprechenden Gläubiger (mit Fitting § 12 Anm. 8, 19) als auftragslosen Geschäftsführer für den G.-Schuldner anzusehen und ihm eine Stellung, entsprechend einem gesetzlichen Vertreter des G.Schuldners für die K.Masse neben dem K.Verwalter zuzuschreiben. Die Grundlage des eignen Widerspruchsrechts und die selbständige Stellung des Gläubigers widersprechen dieser, durch die K.O. auch sonst nicht gebotenen, Gestaltung. Ebenso vertritt der Widersprechende (gegen Schultze S. 17) nicht alle andern Gläubiger, sondern nur sich selbst. Es ist auch nicht nöthig, sich für die Stellung des widersprechenden Gläubigers (mit Schultze

Digitized by Google

S. 17, 55 ff.) auf den K.Anspruch der Mot. als ein unmittelbar zu verwirklichendes obligatorisches Recht jedes einzelnen Gläubigers zu stützen (vgl. Vorb. vor § 1), wenngleich gesetzgeberisch das gerechte Verlangen jedes Gläubigers nach ausschließlicher Befriedigung der wahren Gläubiger für die Zulassung des Widerspruchsrechts bestimmend war und ist. Mot. 18, 362.

4) Der Wichtigkeit der Anmeldung als Grundlage des Feststellungsverfahrens entsprechend bestimmt Satz 1 des § 139 **den wesentlichen Inhalt der Anmeldung**. Sie „hat zu enthalten" die Angabe a. des Betrages der Forderung, b. ihres Grundes und c. des beanspruchten Vorrechts. Das Fehlen der Angabe des verlangten Vorrechts beseitigt indeß noch nicht begrifflich den Bestand einer K.Forderung, sondern nur den einer bevorrechtigten Forderung, und hat daher auch nur die Nichtberücksichtigung eines Vorrechts zur Folge. Dagegen ist die Angabe von Grund und Betrag so nothwendig, daß eine Anmeldung ohne solche Angabe gar nicht als Anmeldung anzusehen, nicht in die Tabelle einzutragen und nicht zur Prüfung zu bringen ist. **RG. 39**, 37 ff. Die Wesentlichkeit von Grund und Betrag hat hier für den Konkurs die Bedeutung, die für den Civilprozeß die Angabe des Gegenstandes und Grundes des Anspruchs und der Antrag in der Klage nach C.P.O. § 253 haben. Nachholung und Aenderung steht einer neuen Anmeldung gleich und erfordert, wenn nach dem für die ursprüngliche Anmeldung abgehaltenen Prüfungstermin erfolgt, stets einen neuen Prüfungstermin, so daß Mängel durch spätere Richtigstellung selbst mit Zustimmung der bisher Widersprechenden nicht zu heilen sind, weil diese nicht allein beim Prüfungsverfahren betheiligt sind. Dies ist auch in einem wegen der früher angemeldeten Forderung begonnenen Prozesse über die Feststellung durch das Prozeßgericht von Amtswegen zu berücksichtigen, da es zur Prüfung und Beurtheilung eines Klageanspruchs gehört, der auf Feststellung mit Wirkung gegen alle K.Gläubiger geltend gemacht wird (§ 144). Vgl. § 142 Abs. 2 und § 146 Abs. 4 u. Anm. 5. So auch Fitting § 12 Anm. 4, Völderndorff zu d. Abweichend will Stieglitz Anm. II. auf Grund von Nachholungen und Aenderungen nur einen Widerspruch gegen die Prüfung der Forderung und Endemann S. 519 Nachholung und Verbesserung bis im Prüfungstermine gestatten; Petersen-Kleinfeller (Anm. 6) erklären nur die Aenderung des Grundes, aber mit Rücksicht auf C.P.O. § 268 Nr. 2 nicht die des Betrages als eine neue Anmeldung; indeß für die K.Anmeldung ist nach § 139 und entsprechend der Bedeutung für den Konkurs auch der Betrag für gleich wesentlich zu erachten, vgl. Anm. 2 zu § 142. — Außer diesen nothwendigen Erfordernissen folgt es aus dem Begriffe und entspricht der C.P.O. § 253 (Nr. 1 und 2 zu „Antrag"), daß die Erklärung, um eine Anmeldung einer K.Forderung zu sein, die Bezeichnung des anmeldenden Gläubigers, des G.Schuldners und die Absicht erkennen lassen muß, als K.Gläubiger wegen der Forderung betheiligt zu werden. Eine Verpflichtung für das Gericht, auf Unvollständigkeiten aufmerksam zu machen oder ungenügende Anmeldungen zur Ergänzung zurückzugeben, besteht nicht.

5) In Betreff des **Betrages** ist zu berücksichtigen, daß nach § 69 jede K.Forderung nur in einer bestimmten Geldsumme nach Reichswährung geltend gemacht werden kann. Auch Kosten und Zinsen, die mit gefordert werden, sind in bestimmten Summen anzugeben; doch genügt Bestimmtheit der Zinsen durch Angabe der Zeit des Zinsenlaufs.

6) Die Angabe des **Grundes** der Forderung ist ebenso wesentlich, wie die des Betrages. Der Grund kann bei prozessualischer Verfolgung nicht geändert werden, § 146 Abs. 4, und ist auch in Betreff der Frage bestimmend, für welchen Anspruch die Verjährung durch die Anmeldung unterbrochen wird. B.G.B. § 209 Abs. 2 Nr. 2 und E.G. z. K.O. § 3 Abs. 3. Der Grund ist, was für den Fall der Klage als Klagegrund geltend zu machen ist, C.P.O. § 253 Nr.2, § 268. Hierüber ist auf die Kommentare zur C.P.O. zu verweisen.

7) Ein nicht angemeldetes **Vorrecht** ist von Amtswegen nicht zu berücksichtigen. Mot. 359, 360. Dies folgt aus Satz 1, der für den Anmeldenden deutlich ein Vorrecht nur in Aussicht stellt, wenn es beansprucht und in der Anmeldung angegeben ist, und

Digitized by Google

zwar ist mit unverkennbarer Bestimmtheit anzugeben, welches Vorrecht verlangt wird, RG. 24. Juni 1890, JW. 256. Natürlich kann nur ein Vorrecht des § 61 oder eines der für gewisse Theile der Masse gewährten besonderen Vorrechte (Hypothekenbankges. v. 13. Juli 1899 §§ 35, 43; Ges. über die privaten Versicherungsunternehmen v. 12. Mai 1901 § 61 Abs. 3) in Betracht kommen. Einem Anspruche auf ein anderes Vorrecht und einem Anspruche; der nicht erkennen läßt, welches Vorrecht verlangt wird, ist die Aufnahme in die Tabelle als unzulässig zu versagen. Mit Völderndorff zu c das Vorrecht schon als verlangt anzunehmen, wenn das Sachverhältniß ein Vorrecht als begründet ergebe, würde gegen Sinn und Willen des Gesetzes ein Offizialverfahren einführen, wo ein solches nicht vorgeschrieben, sondern für die Grundlage der Rechtsstellung der Betheiligten ausgeschlossen ist.

8) Für den übrigen, **nicht unbedingt wesentlichen Inhalt** der Anmeldung sind zufolge § 72 die Vorschriften der C.P.O. § 130 Nr. 1, 5, 6 über vorbereitende Schriftsätze entsprechend anwendbar. Im eigenen Interesse des Anmeldenden ist auch die Wohnungsangabe rathsam; die Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten kann zweckmäßig werden; die Vorschriften der C.P.O. §§ 174, 175 sind für die nothwendige Zustellung von Entscheidungen an einzelne Gläubiger anwendbar. Ebenso wie für die direkte Anwendung der C.P.O. § 130 im Prozesse sind auch hier deren Vorschriften nur instruktionell anwendbar und nicht wesentlich, was aus gleichem Grunde auch von der Beifügung der urkundlichen Beweisstücke (Satz 2) gilt.

9) **Die Form der Anmeldung**: schriftliche Einreichung oder Anbringung zum Protokolle des Gerichtsschreibers, entspricht der amtsgerichtlichen Klageform, C.P.O. § 496. Wie aus der vorgeschriebenen Form der Anmeldung folgt, ist außer der Bestimmtheit für die Forderung, deren Grund und Betrag im Sinne der Anm. 4 ferner wesentlich, daß ein prozeßfähiger Liquidant, C.P.O. § 79, oder ein mit Ausweis versehener gesetzlicher Vertreter, C.P.O. §§ 56, 89, für die Anmeldung auftreten muß. — Anwaltszwang findet für die Anmeldung, wie für den Prüfungstermin und überhaupt im amtsgerichtlichen K.-Verfahren nicht statt, C.P.O. § 78. Bevollmächtigter kann jede prozeßfähige Person sein, C.P.O. § 79. Die Vollmacht kann noch im Prüfungstermine beigebracht werden, darf dann aber nicht fehlen; der Mangel ist von Amtswegen zu berücksichtigen, C.P.O. § 88. Die für einen Prozeß vorher ertheilte Vollmacht legitimirt nicht zur Vertretung im Konkurse, da das K.Verfahren nicht ein Zwangsvollstreckungsverfahren ist, C.P.O. § 81; die für den Konkurs ausgestellte Vollmacht hat entsprechend die Tragweite des § 81 C.P.O. Derselbe Bevollmächtigte kann mehrere Gläubiger vertreten, sofern nicht ihre Interessen bei einem Widerspruch des Einen gegen die Forderung des Andern sich entgegenstehen; Verschiedenheit der Anweisungen hinsichtlich der Abstimmung für oder gegen einen Zwangsvergleich oder über andere Anträge, wobei es nur darauf ankommt, die Zahlenmehrheit der Stimmenden oder der Forderungssummen festzustellen, hindert nicht. Abw. Kohler S. 525, der einen Bevollmächtigten weitere Vertretungen nur dann übernehmen lassen will, wenn alle vertretenen Gläubiger der mehrfachen Vertretung zustimmen. — In dem Konkurse über das Vermögen einer Lebensversicherungsanstalt werden die Versicherten durch einen ihnen von dem K.Gerichte zu bestellenden Pfleger vertreten, unbeschadet ihres Rechtes, selbst aufzutreten. Ges. über die priv. Versicherungsunt. v. 12. Mai 1901 § 62. — Die Unterschrift für die schriftlich eingereichte Anmeldung bedarf keiner Beglaubigung, und es dürfte auch für die Unterschrift der Partei gemäß C.P.O. § 130 Nr. 6 nicht ein unbedingtes Erforderniß sein, daß die Partei eigenhändig ihre Namensunterschrift geleistet hat, sofern sie die Unterschrift genehmigt hat. Dem entsprechend ist auch in einer telegraphischen Anmeldung eine schriftlicht eingereichte enthalten. Vgl. RG. f. Straff. 8, 92 (Plenum); Fitting § 38 Anm. 5, Stieglitz Anm. a, Petersen-Kleinfeller Anm. 3, Völderndorff zu a. A.M. Meisner S. 299. Anmeldungen in nicht deutscher Sprache brauchen nicht berücksichtigt zu werden. G.V. § 186; Petersen-Kleinfeller Anm. 3. A.M. Fitting und Völderndorff a. a. O.

Der Tag der Niederlegung oder Protokollirung beim Gerichte ist der Zeitpunkt,

Digitized by Google

in dem die Anmeldung erfolgt ist. Er entscheidet, ob die Anmeldefrist des § 138 versäumt ist, und die Folgen des § 142 eintreten, sowie wann eine Verjährung unterbrochen wird. Der Tag ist daher auf der Anmeldung zu vermerken. Ueber die bis zur Feststellung (§ 145 Abs. 2) zulässige Zurücknahme vgl. Anm. 5 zu § 142.

§ 140. (128.)

Die Anmeldungen sind in der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Betheiligten niederzulegen.

Der Gerichtsschreiber hat jede Forderung sofort nach der Anmeldung derselben in der Rangordnung des beanspruchten Vorrechts in eine Tabelle einzutragen, welche innerhalb des ersten Drittheils des zwischen dem Ablaufe der Anmeldefrist und dem Prüfungstermine liegenden Zeitraums auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Betheiligten niederzulegen und abschriftlich dem Verwalter mitzutheilen ist.

E. I. 140. P. 170.

1. Betheiligte.
2. Eintragung in die Tabelle.
3. Niederlegung der Tabelle.
4. Tabelle.

1) **Die Betheiligten,** zu deren Einsicht die Anmeldungen, Abs. 1, und die Tabelle, Abs. 2, auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen sind, sind nach dem Zwecke der Tabelle der Verwalter, der G.Schuldner (§ 141) und die K.Gläubiger; nicht (gegen Vörderndorff zu a) Absonderungsberechtigte und Anfechtungsbeklagte. Der Verwalter bekommt eine Abschrift der Anmeldungen nur auf Verlangen Mot. 361, Prot. 91. Nur Abschrift der Tabelle ist ihm von Amtswegen zu geben, Abs. 2.

2) **In die Tabelle wird** „jede" Forderung nach der Anmeldung **eingetragen.** Den Erforderniſſen des § 139 entsprechend sind aber Erklärungen nicht einzutragen, die Betrag oder Grund der Forderung, Bezeichnung des Gläubigers oder des Schuldners nicht enthalten, oder nicht erkennen lassen, daß der Betheiligte als Gläubiger im Konkurse auftreten will; vgl. Anm. 4 zu § 139; ebenso nicht Anmeldungen, die schon vor der K.Eröffnung eingegangen sind, Anm. 3 zu § 138.

Da der Gerichtsschreiber nach Abs. 2 die angemeldeten Forderungen sofort nach der Anmeldung einzutragen hat, so hat er zunächst die erste Entscheidung darüber. Dabei hat er nur die Anmeldefähigkeit nach § 139 zu prüfen, nicht materiell, ob eine Konkursforderung im Sinne der §§ 3, 63 behauptet wird. Falls er die Eintragung als unzulässig ablehnt, kann der Anmeldende, entsprechend der C.P.O. §§ 577, 576, die Entscheidung des K.Gerichts einholen und sich beschweren. Der Gerichtsschreiber ist dafür verantwortlich und ersatzpflichtig, daß alle angemeldeten Forderungen eingetragen werden; ob er seiner Verpflichtung genügt, oder die Eintragung einer Forderung vergessen hat, hat aber auch der K.Richter nach § 141 zu prüfen, da er im Prüfungstermine alle „angemeldeten Forderungen" erörtern soll, **RG. 14.** Dezember 1893, Raff.K. 38, 1178, J.W. 1894 S. 63, aber auch nur die angemeldeten, **RG. 39,** 39 ff. Hinsichtlich aller Anmeldungen, namentlich also auch der vom Gerichtsschreiber eingetragenen Ansprüche hat das K.Gericht vor oder bei Gelegenheit der Prüfung (§ 141) einer solchen Anmeldung, der wesentliche Voraussetzungen (prozeßfähiges Rechtssubjekt, Bestimmtheit für Grund und Betrag) fehlen, die Zulassung zur Prüfung zu versagen und die Eintragung in der Tabelle wegen Unzulässigkeit der Anmeldung zu streichen; diese Entscheidung ist dem Anmeldenden zuzustellen und durch sofortige Beschwerde nach § 73 anfechtbar. Das K.Gericht ist indeß, auch wenn es nach seiner Zulassung zur Prüfung bei der demnächstigen Erörterung § 141 dergleichen Mängel findet, durch keine Vorschrift gehindert, die Anmeldung zurückzuweisen und in der Tabelle streichen zu lassen, was dann ebenfalls der Beschwerde unterliegt. Die Festsetzung eines für diese Gerichtsthätigkeit besonderen Stadiums einer „Zulassung"

Digitized by Google

zur Prüfung, die durch Verlesung der Eintragung im Termine und Aufforderung zur Erklärung als „latentes", unabänderliches, unanfechtbares „Dekret" erfolge, — so Oetker I, 273 ff., 283 ff., 292, 480, — findet in der K.O. und in der Natur der Sache keine Berechtigung. Auch nach einer solchen „Zulassung" können weder die Erläuterungen des Liquidanten über die Zulässigkeit noch die Widersprüche der Widerspruchsberechtigten gegen die Zulässigkeit und deren Anträge auf Streichung unbeachtet bleiben und der Entscheidung entzogen werden, sowie auch die Nichtzulassung den (Beschwerde-) Anträgen auf Aufnahme in die Tabelle nicht entgegensteht. Vgl. Anm. 1 zu § 105. Hält das Gericht eine Anmeldung für zulässig, so kann die Frage der Unzulässigkeit nur durch Widerspruch zum Austrag gebracht werden. — Als Gerichtsschreiber gilt jeder zu der erforderlichen Thätigkeit selbständig befähigte Beamte der Gerichtsschreiberei (nicht gerade nur deren erster Beamter) **RG.** 27. Juni 1895, JW. 385.

3) **Die Niederlegung der Tabelle** und die Ertheilung der Abschrift an den Verwalter soll innerhalb der in Abs. 2 bestimmten Frist erfolgen. Die Nichtbeachtung der Frist würde gemäß den Mot. 360 dem Verwalter und den K.Gläubigern das Recht geben, „auf Kosten des säumigen Gerichtsschreibers die Vertagung des Prüfungstermins zu verlangen". Das gleiche Recht ist gerechterweise auch dem G.Schuldner als Betheiligten zu geben. Aus seiner Nichterwähnung in dieser Stelle der Mot. ihn (mit Stieglitz Anm. II, Meisner S. 301) als nicht betheiligt im Sinne des § 140 anzusehen, widerspricht dem Gesetze und der gesetzlichen Stellung des G.Schuldners im Feststellungsverfahren, §§ 141, 144. In vielen Fällen sind die Mittheilungen des G.Schuldners zugleich die Basis für die Erklärungen des Verwalters und der Gläubiger.

4) Für **die Anlegung der Tabelle,** die als „urkundliche Basis für das ganze weitere Verfahren zu dienen und namentlich auch einen besonderen Theilungsplan überflüssig zu machen bestimmt ist" (vgl. § 159), ist das Formular für Preußen durch die Geschäftsordnungen für die Gerichtsschreibereien vom 26. November 1899 (J.M.Bl. S. 395) so bestimmt, wie es auf S. 450, 451 abgedruckt ist. Zur Erklärung des Formulars diene, daß die römischen Zahlen in Spalte 1 die fünf Vorrechte des § 61 in der dort bestimmten Reihenfolge bedeuten und daß unter den Berichtigungen in Spalte 9 sowohl die von Schreib-, Rechen- und ähnlichen Fehlern, als auch besonders die von Anmeldungen, sowie die Zurücknahme eines Widerspruchs und dessen Beseitigung und endlich die nachträgliche Feststellung als Berichtigung der Spalte 8 zu verstehen sind. In der Spalte 10 soll auch das für eine streitige Forderung gewährt bleibende Stimmrecht (§ 95 Abs. 1) vermerkt werden und nach § 34 Nr. 3 a. a. O. ist daselbst einzutragen, für wen, gegen wen und zu welcher Zeit die vollstreckbare Ausfertigung ertheilt ist. K.O. § 72 C.P.O. § 734. Die Anmeldungen mehrerer Forderungen desselben Gläubigers sollen getrennt unter verschiedenen Nummern eingetragen werden, um Dividenden und Abschlagszahlungen und entsprechende Vermerke auf Wechseln und Schuldurkunden auseinander zu halten.

§ 141. (129.)

In dem Prüfungstermine werden die angemeldeten Forderungen ihrem Betrage und ihrem Vorrechte nach einzeln erörtert.

Der Gemeinschuldner hat sich über die Forderungen zu erklären.

E. I. 141. 142. P. 170—180.

1. Erörterung der angemeldeten Forderungen.
2. Vertretung des Verwalters im Prüfungstermin.
3. Vertagung des Prüfungstermins.
4. Zweck und Ergebniß der Erörterung.
5. Erörterungen mit dem Verwalter.
6. Mit den K.Gläubigern.
7. Mit dem G.Schuldner.
8. Verfahren der Erörterung.
9. Anwesenheit des Verwalters im Prüfungstermin.

1) **Zur Prüfung gelangen alle angemeldeten Forderungen.** Was unter angemeldeten Forderungen zu verstehen ist, erhellt aus § 139, Anmeldungen, denen es an wesentlichen Erfordernissen fehlt, gehören nicht in die Tabelle, vergl. Anm. 2 zu § 140,

Digitized by Google

und können von der Erörterung ausgeschlossen werden. Dagegen ist die erfolgte Eintragung in die Tabelle nicht etwa Voraussetzung für die Erörterung; soweit nach §§ 141, 142 überhaupt Forderungen zu prüfen sind, darf dies nicht deshalb unterbleiben, weil sie nicht schon in die Tabelle eingetragen sind, RG. 22. Oktober 1885, Rassk. 30 448 u. JW. 354. Ist die Anmeldung zulässig, so ist die Eintragung in die Tabelle zu veranlassen. — Ferner gelangen zur Prüfung nur Forderungen, die als K.Forderungen angemeldet sind, also nicht Forderungen auf Aussonderung oder auf abgesonderte Befriedigung. Dagegen hat das Gericht nicht solche Forderungen von der Erörterung auszuschließen, die zwar als K.Forderungen angemeldet sind, es aber aus thatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht sind, hier ist das Bestreiten den Betheiligten zu überlassen, s. Anm. 4.

Eine Erklärung des Verwalters *vor* dem Termine über alle Anmeldungen (P. § 179) oder über diejenigen, die er nicht anerkennen will (E. I. § 141), wird nicht verlangt und ist, wenn abgegeben, bedeutungslos. Mot. 360, 361. Die gesammte Erörterung kann nur *in* dem Termine vor sich gehen.

2) **Eine Vertretung des Verwalters durch einen Bevollmächtigten** im Prüfungstermine ist durch das Gesetz nicht ausgeschlossen, Völderndorff zu IV. zu Anm. 7, 8, Wengler Anm. 4; a.M. Stieglitz Note b. Aus Zweckmäßigkeitsgründen ist sie möglichst zu vermeiden. Wer für den Verwalter als Vertreter erscheinen kann, ist durch den Charakter des amtsgerichtlichen Verfahrens, durch § 72 und C.P.O. § 79 gegeben: jede prozeßfähige Person, vorbehaltlich der dem Richter für jede Verhandlung zustehenden Rechte betreffs der richterlichen Leitung, der Sicherheitspolizei und der Zurückweisung Betheiligter. Darüber hinaus die Zulässigkeit der Vertretung von der Genehmigung des K.Gerichts abhängig zu machen, weil dieses auch den Vertreter zu wählen oder zu bestellen habe (Petersen-Kleinfeller Anm. I, 3, Fitting §§ 29 Anm. 38, 31 Anm. 17, 38 Anm. 18), würde ohne Grund die Vorschriften über die Verleihung des ganzen Amts auf die Ausübung einer einzelnen Thätigkeit übertragen.

3) Muß *der Prüfungstermin* **vertagt** *werden*, weil der Verwalter weder erscheint noch vertreten ist, oder auch aus sonstigen Gründen, so ist gemäß § 93 Abs. 2 eine besondere öffentliche Bekanntmachung für den neuen Termin nicht nöthig, wenn die Vertagung in der Gläubigerversammlung des Prüfungstermins angeordnet wird. Dies gilt auch namentlich, wenn die Prüfung in dem angesetzten Termine nicht abgeschlossen werden kann. Rathsam ist es, für umfangreiche Prüfungen den Prüfungstermin auf mehrere Tage anzusetzen, die zusammen als *ein* Prüfungstermin anzusehen sind. Für die besonderen Prüfungstage des § 142 ist eine besondere öffentliche Bekanntmachung nöthig.

4) **Die Erörterung hat nur den Zweck,** festzustellen, ob und wieweit eine Forderung und deren Vorrecht vom *Verwalter* oder von einem anderen K.*Gläubiger* bestritten wird, — darnach richten sich die in den §§ 144, 146 ausgesprochenen Folgen; und ob sie vom G.*Schuldner* bestritten wird, was zur Anwendung des § 144 Abs. 2 und des § 164 Abs. 2 wesentlich ist. Das Ergebniß der Erörterung im K.Verfahren folgt nicht den Grundsätzen der C.P.O. §§ 330 ff. über das Versäumnißverfahren und demgemäß ist auch die Erörterung selbst eine andere. — Die Gründe, aus denen der Verwalter oder ein Gläubiger eine Forderung bestreitet, sind für den Prüfungstermin unwesentlich und eine Angabe von Gründen ist in diesem Termine noch nicht nöthig. Für die Feststellung kommt es bei dem Prüfungstermin nur darauf an, ob und von wem eine Forderung bestritten wird. Wird kein Widerspruch erhoben, so gilt die Forderung als anerkannt „festgestellt", §§ 144, 145. Das Ergebniß ist sachlich auch bei bloß unthätigem Verhalten das der confessio in iure C.P.O. § 307 RGH. 25, 239. Nicht bloß ein Einräumen der Thatsachen wird vorausgesetzt und das verhandelnde Gericht hat kein Recht zur Entscheidung. Erhebt der Verwalter oder ein Gläubiger Widerspruch und wird dieser nicht sofort durch die Erörterung beseitigt, so ist der Widerspruch in die Tabelle einzutragen, und die weitere Entscheidung über die Rechte hat dann außerhalb des K.Verfahrens zu erfolgen.

5) Der hauptsächlichste mögliche Gegner des Anmeldenden ist **der Verwalter** als Vertreter des (dem Erfolge nach mit der vom Verwalter zusammengebrachten Masse in

Digitized by Google

Anspruch genommenen) G.Schuldners für die K.Masse. Er hat sein selbständiges, vom Willen und von der Zustimmung der Gläubiger sowie des G.Schuldners unabhängiges Recht zum Widerspruche. Daß der Verwalter namentlich in dieser Beziehung gesetzlicher Vertreter des G.Schuldners für die Befriedigung aus der Masse ist, ist deutlich dadurch ausgesprochen, daß der G.Schuldner durch § 6 prozeßunfähig hinsichtlich der Masse erklärt ist, sein Bestreiten nach § 144 keinen Einfluß auf die Feststellung hat und durch §§ 6, 144, 146 das Verfügungsrecht dem Verwalter übertragen ist. Gegen Oetker 1, 314 ff. vgl. Petersen, Kass.K. 36, 135. Einwendungen gegen den Anmeldenden, die auf dem Rechte des Verwalters, über die Aktivmasse zu verfügen, beruhen, so die Anfechtung von Rechtshandlungen, § 36, und die Aufrechnung mit Forderungen der K.Masse gegen den Anmeldenden (Anm. 1 zu § 53, Anm. 5 zu § 146), stehen nur ihm in Folge seiner Stellung zu, und nicht den Gläubigern.

6) Jeder anmeldende **K.Gläubiger** hat für sich das Recht, die Forderungen anderer zu bestreiten, § 144 Abs. 1. Bei dieser Erörterung sind daher Alle als betheiligt zu verstatten, die als K.Gläubiger angemeldet haben, auch wenn ihre Forderungen zur Zeit noch nicht geprüft oder wenn sie bestritten sind. Vorauszusetzen ist nur, daß die Anmeldung des bestreitenden Gläubigers nicht als unzulässig entweder schon vorher zurückgewiesen ist, oder bei Gelegenheit der Erörterung zurückgewiesen wird; denn dann fehlt es ihm für eine Verhandlungsbetheiligung im Konkurse im Sinne der §§ 141, 144, 145 an dem nöthigen Ausweis. Sobald ein Angemeldeter, über dessen Anmeldung noch keine Erörterung stattgefunden hat, widerspricht, hat das K.Gericht entweder sofort erst über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit seiner Anmeldung, also das Belassen in der Tabelle oder die Eintragung darein zu befinden, oder die Erörterung beider Forderungen bis zur Prüfung der später verzeichneten auszusetzen. Im demnächstigen Sonderprozesse kann ferner die sachliche Berechtigung des bestreitenden Gläubigers, weil er selbst nicht K.Gläubiger sei, bestritten und dadurch sein Widerspruch beseitigt werden. Mot. 362. Wenn es dem Wesen der einstweiligen Erörterung entspricht, daß keinem sich anmeldenden K.Gläubiger der Charakter als Gläubiger außer dem Falle der Zurückweisung einer ungültigen Anmeldung abgesprochen wird, so lange er nicht prozessualische Gelegenheit zum Nachweise seines Anspruchs gehabt hat, so entspricht es andererseits der Natur seines Widerspruchsrechts — das lediglich darauf beruht, daß er selbst K.Gläubiger ist —, die Wirkung des Widerspruchs als berechtigt im Sonderprozesse nicht zuzulassen, falls er nicht wirklich K.-Gläubiger ist. Das K.Gericht hat im Prüfungstermine nicht zu prüfen, ob eine Forderung und zwar eine K.Forderung begründet ist; dies ist den Widerspruchsberechtigten zu überlassen. Auch wenn dieselbe Forderung von Mehreren selbständig, etwa außer vom ursprünglichen Gläubiger noch auf Grund einer Abtretung oder sonstigen Rechtsnachfolge von einem Zweiten angemeldet ist, sind beide Anmeldungen einzutragen, der Prüfung zu unterstellen und den Betheiligten zu überlassen, die eine oder die andere Anmeldung oder beide zu bestreiten; es ist Sache des Verwalters, nicht des K.Gerichts, durch Bestreiten die doppelte Feststellung derselben Forderung zu hindern. A.M. Oetker 1, 377 ff., 561 ff.

7) Die Erörterung mit dem G.Schuldner endlich hat für den Konkurs nur die mittelbare Bedeutung, daß er auf Erfordern Auskunft zu geben hat, § 100; im Falle seiner Abwesenheit kann erforderlichenfalls Vertagung veranlaßt werden; die sonstige Bedeutung seiner Erklärung oder Nichterklärung betrifft seine Haftung nach dem Konkurse. §§ 144 Abs. 2, 164 Abs. 2. Eine ausdrücklich bestreitende Erklärung des G.Schuldners ist in die Tabelle aufzunehmen (Spalte: „Bemerkungen"). Zur Gewinnung eines nach der K.Beendigung vollstreckbaren Titels kann der Gläubiger gegen den bestreitenden G.Schuldner schon während des Konkurses klagen. Anm. 2 § 12.

8) **Das Verfahren der Erörterung** ist dem Zwecke der Erreichung dieser Ergebnisse entsprechend eine mündliche Verhandlung, indeß nicht im Sinne der C.P.O. eine Verhandlung vor dem erkennenden Richter, sondern im Sinne einer mündlichen Verhandlung der K.O. Vgl. Anm. 2 zu § 73. Die Forderungen sind nach der Tabelle Post für Post

Digitized by Google

durchzunehmen. und hinsichtlich der Fragen, ob und von wem Widerspruch erhoben wird, ob etwa der Widerspruch durch sofortige Ermittelungen aufzuklären oder zu beseitigen ist, zu erörtern; ebenso ob und zu welchem Betrage für die im Sinne des § 146 streitig gebliebenen Forderungen ein Stimmrecht gemäß § 95 zu gewähren ist; ob in den Fällen bedingter Forderungen, §§ 66, 67, Sicherheitsleistung verlangt oder angeboten wird, vgl. Anm. 2 zu § 66. Das K.Gericht kann nach § 75 die erforderlichen Ermittelungen durch Vernehmung des G.Schuldners, Einsicht von Handlungsbüchern, Vernehmung von Zeugen u. s. w. veranlassen; es kann hierzu, sowie überhaupt zur Fortsetzung und Beendigung der Verhandlung nicht bloß auf Antrag, sondern auch von Amtswegen vertagen, vgl. C.P.O §§ 227, 228. Hullmann Anm. 1, Petersen-Kleinfeller Anm. 13. A.M. Fitting § 38 zu Anm. 21; Stieglitz u. Meisner zu § 129 (keine Vertagung). Indeß nehmen die Mot. S. 361 dem Zwecke der Erörterung entsprechend an, daß nur „sofort vornehmbare" Ermittelungen in Aussicht zu nehmen sind und die Praxis in Berlin zeigt, daß regelmäßig die umfangreichsten Prüfungen in einem Prüfungstermine möglich sind. Jedenfalls kann die Erörterung nur den Zweck haben, für die Betheiligten zu ermitteln, ob eine Forderung zu bestreiten ist oder ein Widerspruch sofort beseitigt und zurückgenommen wird. Das K.Gericht hat weder eine eigentliche Beweisaufnahme zu veranlassen, noch eine Entscheidung zu treffen.

Wegen der Aufnahme des Protokolls für den Prüfungstermin vgl. Anm. 2 § 73 und Anm. 1, 2 § 145.

9) Aus dem in Anm. 5, 8 Gesagten ergiebt sich, daß **im Termine die Anwesenheit des Verwalters** wesentlich ist. Die Mot. bemerken: „Versäumt er den Termin, so muß dieser wiederholt werden, und er haftet im Falle des Verschuldens für Schäden und Kosten". Mot. 362. In der K.O. ist dies nicht geradezu ausgesprochen. Der Gestaltung des Verfahrens entspricht es jedoch, daß der Verwalter im Prüfungstermine gegenwärtig sein muß, wie P. § 171 ausdrücklich bestimmte. Im § 141 ist die Erörterung der Forderungeu bestimmt vorgeschrieben, obgleich sowohl die Zuziehung des Anmeldenden nach § 143 nicht nöthig, als auch die Anwesenheit der anderen Gläubiger nach § 144 nur freiwillig ist. Ferner hat auch die Erörterung mit dem G.Schuldner selbst, §§ 141 Abs. 2, 144, für die Masse und die Betheiligung daran keine verbindliche Kraft. So bleibt die Anwesenheit des Verwalters im Prüfungstermine zur Ermöglichung der Erörterung wesentlich. Sie ist eine ihm durch sein Amt auferlegte Pflicht, deren Erfüllung nach § 84 erzwungen werden darf.

§ 142. (130.)

In dem Prüfungstermine sind auch diejenigen Forderungen, welche nach dem Ablaufe der Anmeldefrist angemeldet sind, zu prüfen, wenn weder der Verwalter noch ein Konkursgläubiger hiergegen Widerspruch erhebt; anderenfalls ist auf Kosten des Säumigen ein besonderer Prüfungstermin zu bestimmen.

Auf nachträglich beanspruchte Vorrechte und sonstige Aenderungen der Anmeldung findet die vorstehende Bestimmung entsprechende Anwendung.

Gläubiger, welche Forderungen nach dem Prüfungstermine anmelden, tragen die Kosten des besonderen Prüfungstermins.

E. I. 144. 148. P. 176. 177.

1. Besonderer Prüfungstermin.
2. Aenderungen der Anmeldung.
3. Ausschluß von Anmeldungen.
4. Rechtsnachfolge.
5. Zurücknahme der Anmeldung
6 Kosten des besonderen Prüfungstermins.

1) Falls nach Abs. 1, 2 oder 3 ein **besonderer Prüfungstermin** nöthig ist, so ist dieser behufs der Ermöglichung der Zuziehung aller Betheiligten zur Wahrung ihrer Rechte öffentlich bekannt zu machen. Dies folgt aus der Nothwendigkeit, alle Gläubiger (auch die noch nicht angemeldeten) wegen ihres Widerspruchsrechts zur Prüfung zuzuziehen; Anm. 2 § 141 und Anm. 3 § 76. A.M. Hullmann Anm. 4. Der allgemeine Prüfungstermin, der vom

Digitized by Google

§ 111 allein betroffen ist, hat, wie aus §§ 138, 141, § 142 Abs. 1 hervorgeht, nur die gesetzliche Bestimmung zur Prüfung der bis zum Ablaufe der Anmeldefrist angemeldeten Forderungen. Nur zu diesem Zwecke könnte also auch eine Vertagung nach § 93 Abs. 2 stattfinden. Die besonderen Prüfungstermine nach § 142 dienen indeß nicht zu jenem Zwecke, sind also auch keine Vertagungen des allgemeinen Prüfungstermins, sondern unter Mittheilung des Gegenstandes der Verhandlungen nach § 98 neu anzusetzen und zu veröffentlichen. Sonst ist dem Zwecke entsprechend für den besonderen Prüfungstermin zu verfahren wie bei der Ladung zum allgemeinen; auch entsprechend dem § 111 Abs. 3 den bekannten Anmeldern zuzustellen, wobei jedoch § 76 Abs. 3 anwendbar bleibt. Die Frist ist für den besonderen Prüfungstermin gesetzlich nicht bestimmt, sondern dem Ermessen des Gerichts überlassen. Sie ist (gegen Völderndorff zu g) nicht die des § 138 für den „allgemeinen Prüfungstermin". Mot. 359. Fitting § 38 Anm. 15. Vgl. §§ 76, 77, 111. Es ist weder nöthig noch sachgemäß, sofort für jede einzelne verspätete Anmeldung einen besonderen Prüfungstermin anzusetzen.

Die Anberaumung eines besonderen Prüfungstermins ist nicht nöthig, wenn die Anmeldung zwar nach der Anmeldefrist, aber vor oder in dem allgemeinen Prüfungstermine erfolgt ist und weder der Verwalter noch ein K.Gläubiger der sofortigen Vornahme der Prüfung widerspricht. Der Widerspruch des G.Schuldners wird also hier nicht berücksichtigt. Der Widerspruch des Verwalters und jedes Gläubigers gegen die sofortige Vornahme der Prüfung ist mit Rücksicht auf die aus § 145 sich ergebende Ausschlußzeit so lange zulässig, bis die Forderung geprüft und das Ergebniß in die Tabelle eingetragen ist. Durch einen Grund braucht der Widerspruch nicht unterstützt zu sein. Zur Vornahme der Prüfung, sofern kein Widerspruch erfolgt, bedarf es weder eines Antrags des Anmelders, vgl. § 143, noch eines Entschuldigungsgrundes für die Versäumung der Anmeldefrist.

2) Abs. 2. Gemäß Abs. 2 werden den nach der Anmeldefrist angemeldeten Forderungen auch gleichgestellt das **„nachträgliche" Beanspruchen eines Vorrechts und sonstige „Aenderungen"** einer Anmeldung. Erfolgt gegen deren Prüfung Widerspruch, so sind sie als neue Anmeldungen erst in einem besonderen Prüfungstermin zu prüfen. Entsprechend dem Abs. 1 und dem § 138 sind Erklärungen nach der Anmeldefrist verstanden. Indeß nicht jede Aenderung der thatsächlichen Angaben ist eine Aenderung der Anmeldung im Sinne des Abs. 2. Entsprechend der Vorschrift der C.P.O. § 268, wonach für die Aenderung der Klage der Klagegrund wesentlich ist, und andrerseits entsprechend den §§ 139 Satz 1, 142 Abs. 2, 146 Abs. 4, wonach für die Anmeldung Grund, Betrag und Vorrecht gleich wesentliche Erfordernisse sind, ist es als Aenderung einer Anmeldung nur anzusehen, wenn der Grund der Forderung geändert, der Betrag erhöht oder ein besseres Vorrecht beansprucht wird. Ist indeß eine solche Aenderung der Anmeldung erfolgt und wird im Prüfungstermine kein Widerspruch erhaben, so ist die geänderte, also neue Anmeldung nach Abs. 1, 2 zur Prüfung zu bringen. Die von Hullmann Anm. 6 und Wengler Anm. 4 verlangte Anwendung des § 268 C.P.O. dahin, daß alle Gläubiger anwesend sein und nebst dem Verwalter die Aenderung bewilligen müßten, weil die abwesenden Gläubiger das Recht auf die Auslegung späterer Anmeldungen nicht verlieren könnten, ist gerade durch Abs. 2 und 1 dahin beschränkt, daß den Abwesenden kein derartiges Recht zugebilligt, auch deren Zustimmung nicht erfordert wird, sondern nur der „Widerspruch" eines Gegenwärtigen die Zulassung der Prüfung ausschließen kann. Die Zulässigkeit der Prüfung von Aenderungen gemäß Abs. 2 ist jedoch (wie für Abs. 1) nach § 145 nur so lange vorhanden, als nicht die Prüfung der Anmeldnng schon erfolgt und das Resultat der Prüfung in die Tabelle eingetragen ist. Sobald dies geschehen, ist nicht mehr eine Aenderung der geprüften Anmeldung, sondern nur noch eine neue Anmeldung zur Prüfung zu bringen.

3) **Neue Anmeldungen sind ausgeschlossen,** nach Feststellung des Schlußverzeichnisses oder Annahme eines Zwangsvergleichs, vgl. §§ 162, 179, weil dann die bereits betheiligten K.Gläubiger ein unbedingtes Recht auf Ausführung der Schlußvertheilung oder des

Digitized by Google

Zwangsvergleiches haben und einer ferneren Einwirkung hierauf durch neue Anmeldungen, deren Zweck doch nur eine weitere Betheiligung sein kann, widersprechen können. Völderndorff Anm. g zu § 130: Fitting § 38 Anm. 15; a.M. Oetker 1, 285.

4) Ist eine angemeldete Forderung vor oder nach der Feststellung der Forderung auf **einen Rechtsnachfolger des Gläubigers** übergegangen, so bedarf es einer neuen Anmeldung aus diesem Grunde nicht. Es ist zunächst ohne Weiteres klar, daß, wenn es sich nur noch um Auszahlung des auf eine festgestellte Forderung vertheilten Betrages handelt an den alsdann legitimirten Rechtsnachfolger gezahlt oder bei zweifelhafter Legitimation der Betrag gemäß B.G.B. § 372 für den Gläubiger hinterlegt werden muß, der seinerseits ein Klagerecht gegen den Verwalter auf Ausführung der Vertheilung hat (§ 167). Die festgestellte Forderung kann nicht deshalb fortfallen, weil der Gläubiger nicht zu finden ist; für eine Ergänzung der Anmeldung würde es überdies bei der bevorstehenden Schlußvertheilung und noch mehr, wenn das Verzeichniß der an der Vertheilung theilnehmenden Gläubiger endgültig festgestellt ist, an der nöthigen Zeit fehlen. Die erforderliche Legitimation kann der Rechtsnachfolger auch schon alsbald nach der Feststellung führen (wegen seines Interesses s. Anm. 2 zu § 95) und somit fehlt es an jedem Grunde, für eine festgestellte Forderung bei eintretender Rechtsnachfolge eine neue Anmeldung oder eine Ergänzung der Anmeldung zu verlangen. Meldet sich bei der Prüfung einer Forderung Jemand als Rechtsnachfolger des anmeldenden Gläubigers mit dem Verlangen, daß die Forderung für ihn festgestellt werde, so liegt dann allerdings eine Aenderung der Anmeldung vor, auf die § 142 Anwendung findet. Der Rechtsnachfolger kann aber auch das Verlangen, daß für ihn festgestellt werde, fallen lassen und mit dem Vorbehalte späterer Legitimationsführung sich mit der Feststellung für den anmeldenden Gläubiger begnügen. Wird aber die Forderung selbst bestritten, so daß der Rechtsnachfolger die Feststellung im Wege des Prozesses betreiben muß, so muß er die hierbei streitig werdende Rechtsnachfolge zu seiner Legitimation für den Prozeß nachweisen. Kann er sie nicht nachweisen, so ist er mit der Klage abzuweisen; weist er sie nach, so ist ungeachtet der Feststellung, daß der Widerspruch unbegründet ist, doch auch dem Verwalter die Rechtsnachfolge nachzuweisen, sofern nicht gegen diesen das Urtheil erlangt ist. Wird die Forderung zugleich von dem anmeldenden Gläubiger und einem angeblichen Rechtsnachfolger oder auf Grund einer Rechtsnachfolge von mehreren Personen beansprucht, so wirkt die Feststellung für einen von ihnen zwar auch wie ein rechtskräftiges Urtheil (§§ 145, 147), aber die aus diesen Umständen für den Verwalter entstehende Gefahr der doppelten Geltendmachung derselben Forderung ist für den Verwalter nicht größer als für jeden anderen Schuldner einer Forderung. (Vgl. B.G.B. §§ 407, 408, 2366, 2367.) Melden sich zu derselben Forderung mehrere Gläubiger vor der Feststellung, so kann der Verwalter sich auch des in C.P.O. § 75 gegebenen Rechtsbehelfes in entsprechender Anwendung bedienen.

5) Ein gänzliche oder theilweise **Zurücknahme der Anmeldung** ist (auch um eine andere Anmeldung zu begründen) ohne Verzicht auf die Forderung (mit der aus § 145 Abs. 2 sich ergebenden Beschränkung) zulässig. Der Gläubiger verzichtet dadurch nur auf das von ihm in seiner früheren Anmeldung ausgeübte Recht, in der gewählten Art und Zeit anzumelden. Daß er nur unter Verzicht auf das gesammte Theilnahmerecht am Konkurse zurücknehmen könne, sobald das Gericht die Aufnahme der Anmeldung in die Tabelle genehmigt (im Sinne von Oetker zugelassen) hat, ist durch das Gesetz (gegen Oetker 1, 370) nicht bestimmt. Eine Einwilligung Anderer nach C.P.O. § 271 ist nicht nöthig, da diese Vorschrift eine mündliche Verhandlung im Sinne der C.P.O. voraussetzt. Mit der Zurücknahme der Anmeldung, die dann als nicht erfolgt anzusehen ist, fallen alle durch die Anmeldung begründeten Rechte, also das Recht auf Prüfung und die Wirkung für die Verjährung (Anm. 9 zu § 105) fort.

6) Abs. 3. **Die Kosten des besonderen Prüfungstermins,** die der später Anmeldende zu tragen hat, sind die des gesammten nachträglichen Prüfungsverfahrens, also die Gerichtsgebühr (§§ 54, 96 Abs. 2 Ger.-Kost.-Ges.) sowie die Kosten der öffentlichen Be-

Digitized by Google

kanntmachung und die Kosten und Gebühren des Verwalters. Die einzelnen Gläubiger können indeß für ihre Betheiligung Kosten nicht erstattet fordern. Dies ist (gegen Petersen-Kleinfeller Anm. 20, Stieglitz Anm. II, Böldernsdorff zu d, Fitting § 38 Anm. 15) durch die Vorschrift des § 63 Nr. 2 ausgeschlossen, wobei beiläufig auch zu berücksichtigen ist, daß bei einem Rechtsanwalt, der einen K.Gläubiger bei Prüfung der Forderung vertritt, die Gebühr sich nicht ändert, mögen besondere Prüfungstermine erfolgen oder nicht. Die von Petersen-Kleinfeller und Stieglitz gewollte entsprechende Anwendung des § 95 C.P.O. verkennt die Natur des allgemeinen Prüfungstermins und das Anmeldungsrecht. Kein Gläubiger hat gegen irgend Jemanden eine Anmeldungs*pflicht*; er versäumt also, wenn er den allgemeinen Prüfungstermin nicht wahrnimmt, keine Verpflichtung gegen einen Andern und keinen für ihn Andern gegenüber pflichtgemäß wahrzunehmenden Termin, wie ihn C.P.O. § 95 voraussetzt. Vgl. Hullmann Anm. 2.

§ 143. (131.)

Die Prüfung einer angemeldeten Forderung findet statt, wenngleich der anmeldende Gläubiger im Prüfungstermine ausbleibt.

Der § 143 ist von der Vork. eingeschaltet, um eine entgegengesetzte Auslegung der im § 141 vorgeschriebenen „Erörterung" auszuschließen. Nach der Vorschrift des § 143, daß die Prüfung einer Forderung erfolgen muß, auch wenn der Anmeldende den Termin nicht wahrnimmt, in Verbindung mit § 141 steht fest, daß die Prüfung im Offizialverfahren erfolgt. Die Nachtheile des ausbleibenden Geprüften besteht darin, daß er, falls seine Forderung bestritten wird, nicht durch etwaige Aufklärung den Widerspruch beseitigen kann und die Gründe des Bestreitens nicht kennen lernt. Nach erfolgter Prüfung ist gemäß § 145 zu verfahren, und der ausgebliebene Gläubiger kann dann auch nicht mehr (gegen Böldorndorff zu c) auf seine Kosten eine Erneuerung seiner Prüfung in einem besonderen Termin veranlassen. Ist die Forderung festgestellt, so ist nach § 144 Abs. 2 eine fernere Prüfung unnöthig; ist sie streitig geblieben, so kann er nur die Beseitigung des Widerspruchs oder die Feststellung betreiben: §§ 144 Abs. 1, 146.

§ 144. (132.)

Eine Forderung gilt als festgestellt, soweit gegen sie im Prüfungstermine ein Widerspruch weder von dem Verwalter noch von einem Konkursgläubiger erhoben wird, oder soweit ein erhobener Widerspruch beseitigt ist.

Ist die Forderung vom Gemeinschuldner im Prüfungstermine bestritten, so kann ein Rechtsstreit, welcher über dieselbe zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens anhängig war, gegen den Gemeinschuldner aufgenommen werden.

E. I. 142. 13. P. 173. 174.

1. Widerspruchsberechtigte.
2. Gründe des Widerspruchs.
3. Beseitigung des Widerspruchs.
4 Festgestellte Forderungen im Sinne der K.O.
5. Widerspruch des G.Schuldners bei festgestellten Forderungen.
6. Widerspruch des G.Schuldners bei nicht festgestellten Forderungen.

1) Im § 144 ist bestimmt, **wer widerspruchsberechtigt ist,** das heißt, wer die angemeldeten K.Forderungen zunächst materiell zu prüfen hat und wessen Prüfung und Widerspruch einstweilen sich der „Feststellung", d. h. der Bedingung und Beurkundung der Theilnahme an der Masse entgegensetzen kann. Mit dieser Wirkung sind der *Verwalter* und jeder K.*Gläubiger* widerspruchsberechtigt, so daß durch den Widerspruch Eines von ihnen die Feststellung gehindert wird. Ueber den Rechtsgrund ihrer Stellung zum Feststellungsverfahren vgl. Anm. 2, 3 § 139. Wird die Forderung nur in Betreff der Höhe bestritten, so ist der nicht bestrittene Betrag festzustellen. Die Feststellung erfolgt durch *stillschweigende* Anerkennung und Ausschluß, wenn im Prüfungstermin der Verwalter

Digitized by Google

und alle im Termine anwesenden oder vertretenen K.Gläubiger nicht widersprechen; nur ein Widerspruch im Termine hat Wirkung; ein vorausgehender schriftlicher Widerspruch ist ohne Wirkung. In Betracht kommt der Widerspruch jedes K.Gläubigers, der bis dahin als solcher aufgetreten ist, also angemeldet hat, und dessen Anmeldung nicht als unzulässig zurückgewiesen ist oder wird, vgl. Anm. 6 zu § 141. Ein nur bedingtes Anerkennen ist ein Bestreiten der unbedingten Geltendmachung, also ein Widerspruch, über den im Feststellungsstreite zu entscheiden ist; so die Erklärung, eine Forderung nur als Ausfallsforderung, oder nur unter der Bedingung der Sicherheitsleistung anzuerkennen, **RG. 26**, 112; Anm. 1 zu § 64 u. Anm. 2 zu § 66. Ueber den im Sonderprozesse zulässigen Einwand, daß der Widersprechende selbst nicht K.Gläubiger ist, vgl. Anm. 6 zu § 141, Prot. 92. — Wesentlich ist nur ein Bestreiten in demjenigen Prüfungstermine, in dem die in Rede stehende Forderung geprüft wird, und zwar kann der Widerspruch wirksam bis dahin erfolgen, daß die Erörterung hinsichtlich dieser Forderung abgeschlossen und der Vorschrift des § 145 Abs. 1 gemäß das Ergebniß in die Tabelle eingetragen ist. Ist die Forderung als festgestellt eingetragen, so ist gegen die hierdurch urtheilsmäßig festgestellte Forderung ein Widerspruch nur in Gemäßheit des § 145 Abs. 2 zulässig.

2) **Ein Grund des Widerspruchs** braucht nicht angegeben zu werden; dem K.Gericht steht, auch wenn ein Grund angegeben ist, dessen Beurtheilung nicht zu. Die Thatsache des Widerspruchs entscheidet. Für den nachfolgenden Sonderprozeß ist der Widersprechende auf die von ihm bei der Prüfung abgegebenen Gründe nicht beschränkt. Seine bei der Prüfung abgegebenen Erklärungen können natürlich zum Beweise etwa als außergerichtliche Zugeständnisse verwerthet werden. Indeß in Ermangelung einer mündlichen Verhandlung vor erkennendem Gerichte im Sinne der C.P.O. enthalten jene Erklärungen in keinem Falle ein gerichtliches Geständniß im Sinne der C.P.O. § 288, § 298 Abs. 2, § 509 Abs. 2.

3) Ist gegen eine Anmeldung vom Verwalter oder von einem K.Gläubiger Widerspruch erfolgt, so ist dessen **Beseitigung** nöthig, um die Feststellung der Forderung zu bewirken. Die Beseitigung kann sofort in oder auch nach dem Termine erfolgen. Es genügt dazu eine schriftliche oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers abgegebene Zurücknahme des Widerspruchs (ohne Anwaltszwang). Die Zurücknahmeerklärung des Bestreitenden ist dem Gläubiger der bestrittenen Forderung zuzustellen, da sie diesem gegenüber abzugeben und von diesem die Berichtigung der Tabelle (§ 146 Abs. 7) zu erwirken ist. Petersen-Kleinfeller Anm. I. 2; a.M. Oetker **1**, 367. Wenn mehrere bestritten haben, so ist der Widerspruch Aller zu beseitigen, um die Forderung als festgestellt zu erachten. Prot. 92. Sache des Anmeldenden ist es, die Beseitigung jedem Einzelnen gegenüber durch Unterhandlung oder sonst im Prozesse zu erwirken. Die gleichzeitige Erledigung des Widerspruchs Verschiedener in einem Prozesse ist nicht vorgeschrieben. Prot. 175. Ueber den Widerspruch Mehrerer überhaupt vgl. Anm. 2—4 zu § 147.

4) **Festgestellt im Sinne der K.O. sind nur die im Abs. 1 bezeichneten Forderungen.** Die zutreffende Hervorhebung Oetkers **1**, 184 ff., 190 ff., 264, 374, daß unter der Bezeichnung der K.Gläubiger nicht allemal die (oder alle) nach § 3 zur Betheiligung an der K.Masse Berechtigten, sondern mitunter, wie hier für §§ 144, 145 nur die thatsächlich Theilnehmenden, Anmeldenden oder auch die als theilnahmeberechtigt Erklärten, Festgestellten zu verstehen sind, schafft kein Bedürfniß für eine besondere Kategorie der Festgestellten unter dem Sondernamen der „konkurrirenden Gläubiger". — Nicht gerechtfertigt ist die fernere Unterscheidung Oetkers **1**, 270 ff., 374, 500 ff., wonach neben der in den §§ 144 Abs. 1, 152 aufgestellten Kategorie der festgestellten Forderungen als solcher „im engeren Sinne" die in § 146 Abs. 6 bezeichneten Forderungen mit Titel, auch wenn nicht im Sinne des § 144 festgestellt, zu einer Kategorie von festgestellten Forderungen „im weitern Sinne" gehören und für die §§ 145 Abs. 2, 164 Abs. 2, 170, 194, 202, 206 Abs. 2 unter den in diesen Vorschriften bezeichneten „festgestellten Forderungen" einbegriffen sein sollen. Die K.O. kennt für alle, auch für die letzterwähnten Vorschriften nur den einen, im § 144 bezeichneten, Begriff festgestellter Forderungen, dem auch die

Digitized by Google

Forderungen mit Titel des § 146 Abs. 6 nur dann angehören, wenn sie nicht vom Verwalter oder von Gläubigern bestritten sind. Zu einer Anwendung der §§ 145 Abs. 2, 164, 202 auf die Forderungen des § 146 Abs. 6, die nicht im Sinne des § 144 festgestellt sind, ist weder ein innerer Grund vorhanden, noch durch die K.O. ein Anhalt gegeben. Soweit ihnen ein Vollstreckungsrecht zuzugestehen ist, §§ 164, 194, 206, hat dies seinen Grund nicht darin, daß den festgestellten Forderungen ein solches bewilligt ist, und ihnen deshalb ein gleiches von der K.O. bewilligt würde — was auch nicht der Fall ist — sondern darin, daß und soweit ihnen schon nach den Voraussetzungen des § 146 Abs. 6 ein Vollstreckungsrecht zusteht. Die Gleichstellung der Forderungen des § 146 Abs. 6 mit den festgestellten unter einem Begriff der „konkurrirenden Forderungen" im Sinne einer Volltheilnahme-Berechtigung ist auch deshalb sachwidrig, weil die Theilnahme-Berechtigung jener sowohl hinsichtlich des Stimmrechts, § 95, als auch des Befriedigungsrechts, §§ 152, 163 Nr. 1, beschränkt ist. Vgl. ferner Anm. 17—19 zu § 146, Petersen-Kleinfeller Anm. 3.

Ueber ein Bestreiten des G.Schuldners s. unten Anm. 5.

5) **Abs. 2. Bestreitet der G.Schuldner** die angemeldete Forderung, so ist dies kein Hinderniß für die Feststellung. Der G.Schuldner kann aber den ihm drohenden Eintritt der Folgen einer Feststellung nach dem Konkurse, §§ 164, 194, 206, durch sein Bestreiten verhindern. Es bedarf dann für die Zeit nach dem Konkurse eines besonderen Vergehens gegen ihn, das sich auf die Feststellung nicht gründen kann. War der Prozeß wegen der vom G.Schuldner bestrittenen K.Forderung schon zur Zeit der K.Eröffnung anhängig, so wird er nach C.P.O. § 240 durch die K.Eröffnung unterbrochen. Wird die Forderung festgestellt, so fällt der Prozeß für die K.Masse fort und es entfällt damit für sie eine Aufnahme. Dem G.Schuldner gegenüber aber soll dem Gläubiger für diesen Fall die Verschaffung eines für die Zeit nach der K.Beendigung verwendbaren vollstreckbaren Titels und die Feststellung des Bestehens der Forderung zu diesem Zwecke im Sinne des § 259 C.P.O. ermöglicht werden. Um klarzustellen, daß der Prozeß des Gläubigers gegen den G.Schuldner selbst zu diesem Zwecke nicht die K.Masse betrifft und einer solchen Prozeßaufnahme aus dem § 240 C.P.O. kein Einwand entgegengesetzt werden kann, ist Abs. 2 von der R.K. zugesetzt. Ein besonderes Interesse braucht der Gläubiger nicht nachzuweisen. Dem G.Schuldner steht dagegen die Befugniß zur Aufnahme nach Abs. 2 nicht zu. Es ist ihm versagt, weil er nur ein höchst problematisches Recht habe, im Armenrecht einen solchen Rechtsstreit durchzuführen. Prot. 98—100; **RG. 13**, 315; **16**, 358; **24**, 405; vgl. Anm. 2 § 12. Der G.Schuldner kann auch nicht nach C.P.O. § 239 zur Aufnahme laden, da § 239 für die K.Unterbrechung (abgesehen von § 10 K.O.) nicht anwendbar ist. Es steht aber dem Gläubiger auch frei, die Fortführung des Prozesses gegen den G.Schuldner bis nach Beendigung des Konkurses hinauszuschieben. Nach der Beendigung kann natürlich auch der bisherige G.Schuldner den Rechtsstreit durch eine Ladung weiterbetreiben.

Aus der Bestimmung des Abs. 2 ist zu folgern, daß auch, wenn noch kein Prozeß über eine vom G.Schuldner bestrittene Forderung anhängig war, der anmeldende Gläubiger auch schon während des Konkurses gegen den G.Schuldner behufs der Vollstreckbarkeit nach dem Konkurse gemäß C.P.O. § 259 klagen kann, Anm. 2 zu § 12, neben einer Klage gegen den etwa bestreitenden Verwalter oder Gläubiger. **RG. 24**, 405. Hat der G.Schuldner in einem gegen ihn anhängigen Prozesse ein während des Konkurses gegen ihn ergangenes Urtheil dem Gegner zustellen lassen, so handelt er dabei für sich persönlich; es ist, wenn es rechtskräftig wird, gegen ihn wirksam und die K.Masse wird davon nicht betroffen. **RG. 25**, 17. — Hatte umgekehrt der G.Schuldner im früheren Prozesse seine Verpflichtung bestritten, im Prüfungstermin des Konkurses jedoch nicht bestritten, so wird die Forderung, wenn festgestellt, auch gegen den G.Schuldner vollstreckbar, §§ 164, 194, 206. Ungeachtet dieser Rechte wird indeß auch, wenn die Forderung festgestellt ist, ein in dem vorgängigen Prozesse ergangenes Urtheil, gegen das der G.-Schuldner vor der K.Eröffnung Berufung eingelegt hatte, durch die Feststellung nicht

Digitized by Google

formell rechtskräftig. Wird die Berufung nicht nach C.P.O. § 515 formell zurückgenommen, so kann der Gläubiger nur nach Aufnahme des Prozesses auf Grund des in der Feststellung liegenden Anerkenntnisses die Zurückweisung der Berufung beantragen. RG. 27, 116.

6) Hat der G.Schuldner eine angemeldete Forderung bestritten, die auch von dem Verwalter oder einem K.Gläubiger bestritten war, so ist zur Beseitigung dieses Widerspruchs der Prozeß nach § 146 Abs. 3 gegen die Bestreitenden aufzunehmen; diese Vorschrift ist durch § 144 Abs. 2 nicht berührt. Dieser Abs. 2 betrifft unmittelbar nur festgestellte Forderungen, die der § 144 behandelt. Der Antrag auf Beifügung des Zusatzes lautete ursprünglich: „Ist die festgestellte Forderung vom G.-Schuldner u. s. w." und das Wort: „festgestellte" ist nur als überflüssig gestrichen. Indeß Abs. 2 spricht nur die Konsequenz des § 240 C.P.O. aus, daß einem die K.Masse nicht berührenden Prozesse nicht die Unterbrechung auf Grund des § 240 entgegengesetzt werden kann. Daher ist der Grundsatz des § 144 Abs. 2 sachlich zur Verfolgung des Prozesses gegen den G.Schuldner auch dann anwendbar, wenn die Forderung im Sinne des § 146 streitig geblieben und zugleich vom G.Schuldner bestritten ist. Insoweit der Prozeß gegen den G.Schuldner verfolgt wird, berührt er eben die K.Masse nicht. Prot. 173. Vgl. Anm. 11 u. 14 zu § 146; RG. 13, 315. Daß die Forderung gemäß Abs. 1 festgestellt sei, ist also nicht Voraussetzung des Abs. 2. Die Aufnahme des Verfahrens kann dann gegen den G.Schuldner und die Widersprechenden gleichzeitig oder nach einander in besonderen Verfahren erfolgen; ebenso entsprechend im Falle des § 146 Abs. 6 durch den G.Schuldner und den Widersprechenden; jedoch ohne daß diese im gleichzeitigen Verfahren Streitgenossen gemäß C.P.O. § 61 wären. A.M. RG. 24, 405; 22. April 1895, J.W. 266; Nass.A. 39, 690; Oetker 1, 360; vgl. Anm. zu § 146.

§ 145. (133.)

Das Gericht hat nach der Erörterung einer jeden Forderuug das Ergebniß in die Tabelle einzutragen. Auf Wechseln und sonstigen Schuldurkunden ist von dem Gerichtsschreiber die Feststellung zu vermerken.

Die Eintragung in die Tabelle gilt rücksichtlich der festgestellten Forderungen ihrem Betrage und ihrem Vorrechte nach wie ein rechtskräftiges Urtheil gegenüber allen Konkursgläubigern

E. I. 143. P. 175.

1. Eintragung in die Tabelle.
2. Bewirkung der Eintragung und Rechtsmittel dagegen.
3. Feststellung von Wechsel- u. s. w. Forderungen.
4. Bedeutung der Eintragung.
5. Bedeutung der Feststellung.
6. a. Gegenüber den Konkursgläubigern.
7. b. Gegenüber dem Verwalter.
8. c. Gegenüber dem G.Schuldner.
9. d Gegenüber dem anmeldenden Gläubiger.
10. Wirkung für Absonderungsrechte und gegen Dritte.
11. Rechtsmittel gegen die Feststellung.
12. Zuständigkeit für die Wiederaufnahmeklage.

1) **In die Tabelle ist einzutragen,** ob, wieweit und mit welchem Vorrechte Forderungen als unstreitig festgestellt, Anmeldungen zurückgenommen oder streitig geblieben, und von wem bestritten sind und was in Betreff des Stimmrechts bestimmt ist. Ebenso ist das Ergebniß der Erörterung über Umstände, die eine Zurückbehaltung der Antheile bei der Vertheilung rechtfertigen, sowie über die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung für bedingte Forderungen, Verlangen oder Anbieten und Leistung von Sicherheit zu vermerken, §§ 66, 67, 168. Anm. 6 zu § 141. In Betreff aller dieser Fragen ist indeß nur das Ergebniß der Erörterung ohne Begründung einzutragen. Die Tabelle darf nur K.Forderungen enthalten, vgl. Anm. 1 zu § 138. RG. 10. Oktober 1884, J.W. 271. — Die Eintragung ist von dem Richter und dem Gerichtsschreiber („Gericht") zu unterschreiben.

Die Tabelle selbst ist Beilage des Protokolls und die Vermerkung der Eintragung ist Theil des Protokolls. Vgl. Anm. 2 zu § 73. Zur Beurkundung der Tabelleneintra-

Digitized by Google

gung genügt ein kurzer Vermerk im Protokolle, so daß die Tabelle allein die Erörterungsergebnisse zu enthalten braucht. Die im Termine erfolgenden zulässigen Aenderungen der Anmeldungen, Zurücknahme solcher, Verzichte u. dergl. sind im Protokolle zu vermerken.

2) **Die Eintragung wird durch das Gericht bewirkt.** Die Feststellung einer Forderung als Ergebniß der Prüfungsverhandlung ist eine richterliche Entscheidung, die Eintragung in die Tabelle ist gleichbedeutend mit der Protokollirung dieser Entscheidung und als solche von beiden Gerichtspersonen zu unterschreiben. Die Entscheidung gilt jedoch erst dann als erlassen, wenn sie in die Tabelle eingetragen ist, da erst die Eintragung die Wirkung eines rechtskräftigen Urtheils haben soll. Diese rechtliche Bedeutung des Vorganges ergiebt sich daraus, daß nicht die Vorgänge des Prüfungstermins, sondern das Ergebniß der Prüfung eingetragen werden soll. Bei der Protokollirung der Vorgänge des Termins ist der Gerichtsschreiber mit verantwortlich, bei der Protokollirung der zu diesen Vorgängen gehörenden Entscheidung des Richters hat er die Richtigkeit der Entscheidung nicht zu prüfen. Danach ist zwar eine Berichtigung der in der Eintragung vorgekommenen Schreibfehler, Rechnungsfehler und ähnlicher offenbarer Unrichtigkeiten ebenso wie bei einem Urtheil gemäß C.P.O. § 319 zulässig. Aber eine Beschwerde, die sich darauf gründet, daß die Feststellung unzulässig gewesen sei, giebt es nicht. Das K.Gericht urtheilt in letzter Instanz und seine Irrthümer stehen der Rechtskraft seines Urtheils nicht entgegen. Vgl. Oetker I 290. Abweichend Petersen in Raff.K. 38, 292 und die früheren Auflagen.

3) **Sind Forderungen aus Wechseln** oder anderen Schuldurkunden **festgestellt,** so soll dies (unter Angabe der Nummer der Tabelle) auf den Urkunden vermerkt werden. So lange die Feststellung nicht erfolgt ist, ist ein Vermerk unnöthig. Der Vermerk bezweckt, die Nothwendigkeit der Zurückbehaltung der Urkunden beim Gerichte zu beseitigen und die Verfügung darüber für den Gläubiger zu erleichtern. Die Wechsel und Urkunden sind, mit dem Vermerke versehen, sofort im Prüfungstermine dem Gläubiger zurückzugeben. Ist später für die Auszahlung oder eine Theilzahlung die Wiedereinreichung nöthig, so wird durch den Vermerk festgestellt, daß dieselben Urkunden vorliegen.

4) Im Satze 1 liegt ferner: **Die Eintragung in die Tabelle** muß im Termine für jede Forderung sofort „nach der Erörterung" der Forderung erfolgen. Sie **bezeichnet den Abschluß der Erörterung.** Ist die Forderung als festgestellt eingetragen, so wirkt die Eintragung nach Abs. 2 wie ein Urtheil, und eine andere Erörterung, als die Anfechtung eines Urtheils ist dadurch ausgeschlossen. Auch wenn die Forderung als streitig geblieben eingetragen ist, bleibt nach Satz 1 mit der Eintragung die Erörterung beendigt; wer bis dahin die Forderung nicht bestritten hat, es sei der Verwalter, der G.Schuldner oder ein Gläubiger, hat die Prüfung und seine bestreitende Erklärung, wenn er eine solche abgeben wollte, unwiederbringlich versäumt. Ein nachträgliches Bestreiten und damit auch ein, etwa durch Intervention im Feststellungsprozesse geltend zu machender Anschluß an andere bestreitende Betheiligte ist ausgeschlossen; eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist nicht zulässig, da nicht eine Nothfrist versäumt ist, C.P.O. §§ 230 ff., 233. Daß ein nicht bestreitender Gläubiger ein Interesse hat, nachträglich dem Bestreitenden im Prozesse beizustehen, genügt nicht für die Zulässigkeit seiner Intervention, da er in Folge des Ausschlusses seines Widerspruchs kein Recht mehr hat, auf dem Umwege der Intervention einen Widerspruch zu begründen; nach § 146 Abs. 1 ist die Feststellung nur gegen die Bestreitenden zu verfolgen. Sowohl Gläubiger und Verwalter, die durch ihren Widerspruch die Forderung zu einer streitigen im Sinne des § 146 machen wollen, als auch der G.Schuldner, der durch sein Bestreiten die Vollstreckbarkeit gemäß §§ 164, 194, 206 abwenden will, müssen diese Erklärungen vor der Eintragung des Resultats in die Tabelle abgegeben haben. Selbstverständlich hat auch ein Gläubiger, der sich erst nach dem allgemeinen Prüfungstermine meldet, kein Recht, die bereits geprüften Anmeldungen noch zu bestreiten. Völderndorff, Busch 3, 442.

5) **Bedeutung der Feststellung.** Darüber, daß § 145 Abs. 2 auch die im § 146 Abs. 6 bezeichneten Forderungen nur dann betrifft, wenn sie im Sinne des § 144 Abs. 1

Digitized by Google

festgestellt sind, vgl. Anm. 4 zu § 144. — Die Eintragung der Feststellung einer Forderung in die Tabelle bildet erst den Abschluß der Feststellung, so daß als festgestellt nur die Forderungen gelten, die tabellarisch als festgestellt eingetragen sind. RG. 22, 155. Andererseits sind diese als festgestellte K.Gläubiger (auch wegen der Vertheilung, sowie des § 14) selbst dann zu behandeln, wenn sie begrifflich nicht K.Forderungen sein sollten. A.M. Oetker 1, 446. Wegen des Zwangsvergleichs vgl. Anm. zu § 194. Die Eintragung der Feststellung ist sachlich die urtheilsmäßige Festsetzung des Rechts des anmeldenden Gläubigers, daß er hinsichtlich der festgestellten Forderung ihrem Betrage und Vorrechte nach an der K.Masse Theil zu nehmen berechtigt ist. Sie wirkt („gilt") für diesen Inhalt wie ein rechtskräftiges Urtheil. Eine Klage auf Grund der Eintragung ist eine Judikatsklage. Dies gilt demgemäß auch von der, vorbehaltlich des Nachweises des Ausfalls erfolgten Eintragung einer Ausfallforderung des § 64, so daß deren judikatmäßige Tragweite nur noch durch den Nachweis zu ergänzen ist, daß ein Ausfall entstanden ist. RG. 24. September 1895, JW. 479, 480. Die von der Urtheilsform abweichende Form der Eintragung, die sich auf das Wort „festgestellt" neben der Forderung in der Tabelle (Spalte 8: Resultat der Prüfung) beschränken kann, beeinträchtigt dies Wesen des Urtheils nicht. Um die Wirkung zu haben, ist auch nicht noch eine Zustellung oder Verkündung der Eintragung nöthig. Die Wirkung ist durch das Gesetz mit der Eintragung schon verbunden. Entsprechend der Bedeutung der tabellarischen Eintragung als Abschluß der Feststellung bleibt die als festgestellt eingetragene Forderung so lange für Stimmrecht und Theilnahmerecht §§ 95, 152 ff., zu berücksichtigen, bis sie in der Tabelle gelöscht ist. Kann dies nach Aberkennung oder Tilgung der Forderung ꝛc. nicht durch Antrag beim K.Gerichte erreicht werden, vgl. Anm. 22 zu § 146, so bleibt der Weg der Klage nach C.P.O. § 767 und der einstweiligen Anordnung nach § 769. RG. 21, 336. Soweit die Wirkung eines Urtheils (durch Befriedigung, Verzicht, aufhebende Entscheidung oder andere Gründe), beseitigt wird und dies im Streitfalle durch Entscheidung des Prozeßgerichts, C.P.O. § 767, gegenüber dem festgestellten Gläubiger festgesetzt ist, kann sich dieser auch im Konkurse, namentlich im Vertheilungsverfahren, nicht mehr auf die Eintragung berufen, da der Eintragung nicht eine noch größere Kraft als einem Urtheile beigelegt ist. Gegenüber einer Klage gemäß § 767 C.P.O. kann die Berufung auf die noch nicht erfolgte Löschung in der Tabelle, die zu erwirken gerade der Zweck dieses Prozesses ist, nicht geltend gemacht werden. Wegen der Berücksichtigung von Rechtsnachfolgern vgl. Anm. 6 zu § 142. — Sofern das Urtheil zur Zwangsvollstreckung gebraucht werden soll, ist ein entsprechender Auszug aus der Tabelle mit Vollstreckungsklausel zur Ausführung der Wirkung nöthig. C.P.O. §§ 299, 784 ff. — Die Einrede der Rechtskraft und unter Umständen der Rechtshängigkeit gegenüber der wirklichen oder anscheinenden zweiten Anmeldung derselben Forderung geltend zu machen, ist, entsprechend dem gleichen Grundsatze für den Civilprozeß, dem Verwalter und den anderen K.Gläubigern (unter Bestreitung) zu überlassen. Petersen-Kleinfeller Anm. 9. Es ist (gegen Oetker 1, 377 ff., 561 ff.) kein Grund vorhanden, hierbei eine Offizialthätigkeit des K.Gerichts abweichend für den Konkurs eintreten zu lassen. Im Sinne der K.O. liegt eine solche in die materiellen Rechte eingreifende, mit bestimmende und bevormundende Thätigkeit des K.Gerichts nicht.

6) a. Die Wirkung gilt für das Verhältniß des anmeldenden Gläubigers **„gegenüber allen K.Gläubigern"**, d. h. für den Konkurs. Die Feststellung gilt als Entscheidung gegen und auch für alle K.Gläubiger, sie mögen angemeldet und den Prüfungstermin wahrgenommen haben oder nicht, und sie gilt sowohl für als auch gegen den Gläubiger der festgestellten Forderung. Mot. 364. Ebenso gilt sie auch gegen einen anmeldenden Gläubiger, der einen schon für einen Andern festgestellten Anspruch mit der Behauptung geltend macht, daß er der eigentlich Berechtigte sei. Auch dieser Gläubiger ist Konkursgläubiger im Sinne des Abs. 2. RG. 37, 1 ff. Der später Anmeldende muß seine Rechte gegen den früheren geltend machen, er kann die Forderung mit den sich aus der Feststellung ergebenden Rechten vindiziren und dabei als eine Form der Uebergabe eine Beurkundung

Digitized by Google

seines Rechts verlangen, die sich äußerlich als Abtretung darstellen kann. Sein Anspruch hat im Konkurse des Gegners Aussonderungskraft. A.M. Jäger Anm. 8 und Fußnote dazu, in dieser die unzutreffende Annahme, daß eine Aussonderung nur auf Grund Eigenthums erfolgen könne.

7) b. Die Feststellung **wirkt auch gegen den Verwalter.** Er kann ebenfalls eine festgestellte Forderung nicht durch nachträgliches Bestreiten zu einer streitigen machen. Auch gegen ihn gilt die Wirkung „gegenüber allen K.Gläubigern". Er vertritt zwar nicht die K.Gläubiger direkt, sondern den G.Schuldner hinsichtlich der K.Masse, jedoch im Interesse aller K.Gläubiger. Er muß deshalb das, was den K.Gläubigern gegenüber wirksam ist, auch sich gegenüber als gleich wirksam gelten lassen, **RG.** 27, 92; 29. Nov. 1893, JW. 1894 S. 16, 17, so wie auf dem gleichen Verhältnisse seine Befugniß beruht, Handlungen, die den K.Gläubigern gegenüber unwirksam sind, anzufechten (§§ 1, 29, 36, Anm. 1 zu § 36), und wie ihm das Recht, angemeldete Forderungen zu bestreiten, auch im gemeinsamen Interesse des G.Schuldners und aller K.Gläubiger gegeben ist, um die K.Masse für die wirklich Berechtigten zu sichern (Prot. 91). Der Verwalter kann indeß, entsprechend seiner Rechtsstellung als Vertreter des G.Schuldners und dem § 767 C.P.O., die Einwendungen auf Grund späterer Entstehung von Einredegründen (spätere Befriedigung ꝛc.) durch Klage geltend machen, **RG.** 21, 336; vgl. Petersen, Rass.K. 38, 296.

8) c. Auf die Befugniß, nach der K.Aufhebung und abgesehen von der Wirkung für die K.Masse die **Ansprüche gegen den G.Schuldner** persönlich zu verfolgen, wirkt die Feststellung und deren Eintragung ebenfalls gemäß §§ 164, 194, 206, auch wenn sie nach einem Bestreiten des Verwalters oder eines Gläubigers erfolgt ist, jedoch nur, wenn er selbst die Forderung nicht bestritten hat. **RG.** 5. Okt. 1882, Rass.K. 27, 1128.

9) d. Auch der **anmeldende Gläubiger** selbst kann seine Forderung nicht durch einfachen Widerruf abändern, z. B nicht statt einer als angemessen geforderten und festgestellten Entschädigung nachträglich eine höhere für denselben Anspruch als angemessen verlangen. Zulässig ist natürlich die Geltendmachung einer neuen Forderung, auch einer mit der festgestellten zusammenhängenden, die in der früheren Anmeldung noch nicht enthalten ist, so eines Anspruchs auf Ersatz ferneren, durch die Feststellung noch nicht abgegoltenen Schadens. Indeß der Anmeldende kann für die durch Anmeldung und Feststellung charakterisirte und für die K.Betheiligung eingegliederte Forderung nicht nachträglich einen andern Charakter, namentlich nicht einen dem festgestellten Vorrecht widersprechenden Charakter geltend machen, **RG.** 4. April 1892, JW. 274. Etwas Anderes ist noch die Geltendmachung eines Vorrechts oder eines besseren Vorrechts für die ohne Vorrecht oder mit einem geringeren Vorrecht bereits festgestellte Forderung. Diese ist nicht ausgeschlossen. Ist mit der Anmeldung ohne Vorrecht nur die Theilnahme am Konkurse in der Reihe der nicht bevorrechtigten Gläubiger beansprucht, so ist der Anspruch auf eine bevorrechtigte Theilnahme nicht zur Entscheidung gebracht. Er kann deshalb ebensowenig als aberkannt gelten wie ein nicht angemeldeter Anspruch. Ebenso Kohler S. 558, Jäger Anm. 11 zu § 139 und Anm. 9 zu § 145. Abweichend **RG. 20,** 412; 38, 416, aber aus anderen Gründen als wegen der behaupteten Rechtskraft gegen den Gläubiger. Die von dem R.G. angezogene Vorschrift der Pr.K.O. § 174, durch die alle nicht spätestens im Prüfungstermin angemeldeten Vorrechte ausgeschlossen würden, ist nicht aufgenommen und durch § 133 Abs. 2 nicht gedeckt; die von dem R.G. betonte Rücksicht auf baldigen Abschluß des Verfahrens läuft aber auf einen Ausschluß als Folge einer Versäumniß hinaus, den die K.O. nicht kennt. Die Meinung endlich, daß die Feststellung der Forderung ohne Vorrecht für die Feststellung mit Vorrecht bindend sei und deshalb durch nachträgliche Anmeldung des Vorrechts die K.Gläubiger benachtheiligt würden, ist in dieser Allgemeinheit nicht begründet. Man kann wohl, wenn eine mit Vorrecht angemeldete Forderung nicht bestritten, das Vorrecht aber bestritten wird, annehmen, daß die Forderung für alle Fälle unbestritten und nur die Feststellung des Vorrechts vorbehalten sei. Wird aber das Vorrecht erst nachträglich geltend gemacht, so ist eine andere Auffassung geboten. Ohne den Anspruch auf ein Vorrecht hat der

Digitized by Google

Gläubiger nur einen Theil seiner Forderung, die konkursmäßige Rente, beansprucht und dieser Anspruch ist festgestellt. Mit dem Vorrecht beansprucht er regelmäßig das Ganze und dieser Anspruch ist, soweit er jenen übersteigt, nicht festgestellt; ein Widerspruch kann ebensogut noch darauf gegründet werden, daß das Vorrecht, als darauf, daß die Forderung nicht besteht. Man beachte auch, daß die Feststellung ohne Vorrecht die Geltendmachung eines Vorrechts gegen den G.Schuldner nicht ausschließt, § 193. Die Meinung Oetkers I, 479, daß schon durch die von ihm konstruirte gerichtliche Zulassung einer Forderung, für die ein Vorrecht nicht beansprucht werde, die Beanspruchung eines Vorrechts ausgeschlossen sei, fällt mit jener Theorie der Zulassung, vgl. A. 2 zu § 140. — Unbedenklich geht durch die Anmeldung einer Forderung unter Vorbehalt eines Aussonderungsanspruchs dafür und durch deren Anerkennung der Aussonderungsanspruch noch nicht verloren, **RG.** 4. März 1890, Z. f. Els.-Loth. 15, 439. Zweifelhafter ist, ob der anmeldende Gläubiger für die ohne Vorbehalt oder Erwähnung eines Aussonderungs- oder Masseanspruchs festgestellte Forderung nachträglich unter Verzicht auf die Rechte aus der Feststellung einen Anspruch gegen die Masse geltend machen kann. Man wird dies gestatten müssen, da das Ausscheiden der Forderung aus der Kategorie der K.Forderungen und der Verzicht auf die Wirkung selbst eines rechtskräftigen Urtheils jederzeit zulässig ist, und dieses dann dem neuen Anspruche nicht mehr entgegensteht. Vgl. Kohler S. 558.

10) Vermerke, die die Feststellung eines **Absonderungsrechts** betreffen und überhaupt nicht in die Tabelle gehören, können, auch wenn sie in die Tabelle aufgenommen sind, aus § 145 Abs. 2 ein Recht auf die Absonderung nicht begründen. **RG.** 10. Okt. 1884 in Wallm. D. Jur.Z. 10, 101 u. JW. 271. Die Feststellung einer Forderung ist auch nicht einmal für die Geltendmachung eines Absonderungsrechts bindend, da sie lediglich die K.Gläubiger als solche, die Theilnahme an der konkursmäßigen Befriedigung betrifft. Aus diesem Grunde ist sie auch für Dritte nicht bindend, die den K.Gläubigern zur Hergabe von Befriedigungsmitteln verpflichtet sind, wie der Nießbraucher eines Vermögens oder eines Nachlasses, der Ehemann bezüglich des Eingebrachten der in Konkurs gerathenen Ehefrau (Anm. 8 zu § 43), die Kommanditisten bezüglich ihrer noch nicht gezahlten Einlagen im Konkurse der Kommanditgesellschaft. **RG.** 51, 38. Die Annahme des Reichsgerichts, die Kommanditisten müßten nachweisen, daß die festgestellten K.Gläubiger nicht Gläubiger der Gesellschaft seien, oder daß solche Gläubiger überhaupt nicht vorhanden seien, kann nicht gebilligt werden, ohne daß man der Feststellung im Konkurse eine über die Theilnahme an der K.Masse hinausgehende Wirkung beilegt. Das angezogene H.G.B. §§ 171, 172 ergiebt hierfür nichts.

11) Als **Rechtsmittel gegen die Feststellung** ist in der K.O. nur dem G.Schuldner für den Fall des § 165 die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegeben. Im Uebrigen ist nur die Wiederaufnahme des Verfahrens wie gegen jedes andere rechtskräftige Urtheil nach den Vorschriften der C.P.O §§ 578 ff. zulässig. **R.O.H.G. 20**, 40—42, **25**, 239 **RG. 37**, 386 ff. Petersen-Kaff.K. **38**, 293 ff. Berechtigt, die Wiederaufnahme zu betreiben, ist *jeder K.Gläubiger*. Die im Prüfungstermine nicht erschienenen Gläubiger sind zwar mit ihrem Widerspruche ausgeschlossen und man mag ihnen den Charakter einer Partei bei deren Feststellungsverfahren für die Wiederaufnahmeklagen bestreiten; dagegen ist kein Grund vorhanden, den im Prüfungstermine erschienenen anmeldenden Gläubigern und dem Verwalter den Parteicharakter und die entsprechende Anwendung der §§ 578 ff. C.P.O. zu versagen. A.M. Oetker I, 393. Berechtigt ist ferner der *K.Verwalter* im Interesse des K.Gläubiger. *Der G.Schuldner* hat auf die K.Masse keinen Einfluß und kann mit Wirkung für sie die Feststellung überhaupt nicht angreifen. Da aber die Feststellung gegen ihn vollstreckbar ist, wenn er nicht widersprochen hat (§ 164 Abs. 2), so ist ihm für diesem Fall die Wiederaufnahme gleichfalls nicht zu versagen. Hat er widersprochen, so muß der Anspruch gegen ihn für die Zeit nach dem Konkurse besonders verfolgt worden; er braucht also die Feststellung nicht mehr anzugreifen. Da die Feststellung auch gegen *den anmeldenden Gläubiger* wirkt, so muß man auch ihn für berechtigt halten.

Digitized by Google

12) Die Zuständigkeit für die Wiederaufnahmeklage ist nach C.P.O. § 584 Abs. 2 entsprechend zu bestimmen, wie auch für den Vollstreckungsbefehl die Wirksamkeit durch die Unterlassung des Widerspruchs begründet wird; das Amtsgericht, bei dem der Konkurs anhängig ist, ist ausschließlich zuständig. Für die Entscheidung im Wiederaufnahme-Verfahren ist dann wesentlich, ob durch eine die Wiederaufnahme begründende Thatsache die Unterlassung des Widerspruchs im Prüfungstermine veranlaßt ist. Vgl. Petersen-Kleinfeller Anm. 7.

§ 146. (134.)

(1.) Den Gläubigern streitig gebliebener Forderungen bleibt überlassen, die Feststellung derselben gegen die Bestreitenden zu betreiben. Zu diesem Behufe hat das Gericht den Gläubigern einen Auszug aus der Tabelle in beglaubigter Form zu ertheilen.

(2.) Auf die Feststellung ist im ordentlichen Verfahren Klage zu erheben. Für die Klage ist das Amtsgericht, bei welchem das Konkursverfahren anhängig ist und, wenn der Streitgegenstand zur Zuständigkeit der Amtsgerichte nicht gehört, das Landgericht ausschließlich zuständig, zu dessen Bezirke der Bezirk des Konkursgerichts gehört.

(3.) War zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens ein Rechtsstreit über die Forderung anhängig, so ist die Feststellung derselben durch Aufnahme des Rechtsstreit zu verfolgen.

(4.) Die Feststellung kann nur auf den Grund gestützt und nur auf den Betrag gerichtet werden, welcher in der Anmeldung oder dem Prüfungstermine angegeben ist.

(5.) Die Bestimmungen des ersten, dritten und vierten Absatzes finden auf Forderungen, für deren Feststellung ein besonderes Gericht, eine Verwaltungsbehörde oder ein Verwaltungsgericht zuständig ist, entsprechende Anwendung.

(6.) Der Widerspruch gegen eine Forderung, für welche ein mit der Vollstreckungsklausel versehener Schuldtitel, ein Endurtheil oder ein Vollstreckungsbefehl vorliegt, ist von dem Widersprechenden zu verfolgen.

(7) Die obsiegende Partei hat die Berichtigung der Tabelle zu erwirken.

E. I. 145. P. 227—236.

1. Feststellung streitiger Forderungen.

I. Erhebung der Klage durch den Anmeldenden.

2. Feststellungsklage.
3. Ausweis zur Klage.
4. Voraussetzung der Klage.
5. Gegenstand und Grundlage des Feststellungsstreits.
6. Verfahren.
7. Zuständigkeit.
8. Besondere Gerichte.
9. Verwaltungsstellen.
10. Schiedsgerichte.

II. Aufnahme eines anhängigen Rechtsstreits zur Feststellung.

11. Voraussetzung und Inhalt.
12. Verfahren.
13. Zuständigkeit.
14. Aufnahme gegen den G.Schuldner.

III. Feststellung von Forderungen mit Titel.

15. Geltendmachung des Titels.
16. Titel.
17. Legitimation zum Prozesse.
18. Begründung, Inhalt, Ziel des Anspruchs.
19. Verfahren.
20 Zuständigkeit.
21. Strafurtheile.
22. IV. Berichtigung der Tabelle.

1) Feststellung streitiger K.Forderungen. Erfolgt die Beseitigung eines gegen die Feststellung gerichteten Widerspruchs nicht freiwillig, so ist auf Antrag eines Betheiligten

Digitized by Google

im Prozeßwege zu entscheiden, ob der Widerspruch begründet ist. Die verschiedenen Möglichkeiten des hierfür zulässigen Prozeßverfahrens behandelt § 146. Sämmtliche Bestimmungen des § 146 betreffen nicht das Bestreiten des G.Schuldners, das für die „Feststellung" nach § 144 Abs. 1 unwesentlich ist, sondern im Gegensatze zum § 144 die Feststellung derjenigen Forderungen, die nicht schon gemäß § 144 Abs. 1 festgestellt sind. Nur diese sind im Sinne des § 146 „streitig geblieben". Ueber das Verfahren, wenn *Mehrere* bestritten haben, vgl. Anm. 2—4 zu § 147. Ueber die Folgen, wenn zugleich auch der G.-Schuldner bestritten hat, Anm. 6 zu § 144. — Der erste Satz, daß den Anmeldenden überlassen bleibt, die Feststellung zu betreiben, hat eine verschiedene Folge und Bedeutung für die Fälle des Abs. 6 gegenüber den Regelfällen der Abs. 2—5. Er giebt nur den Grundsatz, der in den Regelfällen Abs. 2—5 unbeschränkt zur Anwendung kommt. Der Abs. 6 behandelt im Gegensatz dazu die Gläubiger, die für ihre Forderung schon einen Titel haben, der entweder mit der Vollstreckungsklausel versehen ist oder abgesehen von der Unterbrechung eines Prozesses vollstreckbar werden würde, wenn der G.Schuldner nicht eingriffe. Die Gläubiger, die einen solchen Titel haben, können die Befriedigung aus der K.Masse trotz des Bestreitens fordern, bis ihr Recht durch den Widersprechenden beseitigt wird, während die Gläubiger ohne vollstreckbaren Titel dies Recht erst durch Beseitigung des Widerspruchs erwerben können. **Der Gläubiger ohne solchen Titel muß klagen, der Gläubiger mit solchem Titel muß verklagt werden.** Gläubiger mit solchem Titel *können* zwar (nach C.P.O. §§ 256, 280) auf Beseitigung des Widerspruchs klagbar werden; sie haben das Interesse, daß nicht bei späterer Klage des Widersprechenden die Zahlung der Vertheilungsdividende aufgehalten wird, und selbst ohne den Nachweis der Voraussetzungen des § 256 C.P.O. ist durch die Anordnung der Betreibungspflicht im Abs. 6 das für alle Gläubiger im Abs. 1 bestimmte Betreibungsrecht nicht *ausgeschlossen*, **RG. 34**, 409; 8. Jan. 1892, JW. 96; sie *brauchen* aber die Feststellung nicht zu betreiben und können die Verfolgung des Widerspruchs seitens der Widersprechenden abwarten. Andere Gläubiger aber werden mit ihrer nicht festgestellten Forderung bei Vertheilungen nur berücksichtigt, wenn sie die Feststellungen im Prozeßwege verfolgen, §§ 152, 155. In diesem Falle können auch nur die Gläubiger, deren Forderung bestritten ist, die Feststellung betreiben; weder dem Verwalter, noch einem bestreitenden Gläubiger steht dies Recht zu. Sie haben auch mit Rücksicht auf § 152 kein Interesse daran, selbst nicht in Betreff der Vertheilung. **RG. 16**, 358; 27. Febr. 1894, JW. 172 f.; 1. Okt. 1898, JW. 602. — Ob Gläubiger, deren Forderung bestritten ist, die Feststellung betreiben wollen, bleibt ihnen überlassen, ebenso zu welcher Zeit. Eine Frist ist dafür nicht vorgeschrieben. Von Amtswegen wird für keine der Gläubiger-Kategorien ein Prozeßverfahren veranlaßt, und in allen Fällen bleiben die Prozesse über die Feststellung als selbständige Rechtsstreitigkeiten außerhalb des K.Verfahrens und lediglich den Vorschriften der C.P.O. unterworfen, soweit diese nicht durch die §§ 146—148 geändert sind. War bei der K.Eröffnung schon ein Rechtsstreit über die streitige Forderung anhängig, so ist Abs. 3, andernfalls Abs. 2 für die Verfolgung des Anspruchs maßgebend, die in beiden Fällen vor dem *Prozeßgerichte* erfolgt. Das *Konkursgericht* ist bei der Feststellung streitiger Forderungen nur zu Anfang durch Abs. 1 Satz 2 mit der Ertheilung der Legitimationsnachweise und dann nach erfolgter Entscheidung durch Abs. 7 mit deren Feststellung für das K.Verfahren betheiligt.

I. Erhebung der Klage durch den Anmeldenden.

2) Feststellungsklage. War bei der K.Eröffnung noch kein Prozeß über die streitige Forderung anhängig, so hat der Gläubiger, um den Widerspruch zu beseitigen, gegen den Bestreitenden (Verwalter oder Gläubiger) „Klage auf Feststellung" zu erheben. In Anm. 1 bis 3 zu § 139 ist auseinandergesetzt, daß die Feststellung den Zweck hat, das Antheilsrecht des Gläubigers an der Vertheilung der Masse zu bestimmen und welche Stellung die Bestreitenden gegenüber dem Anmeldenden haben. Es wird hier darauf verwiesen. Die Feststellung gewinnt hierdurch eine über die rein grundsätzliche Entscheidung der C.P.O.

Digitized by Google

§ 256 hinausgehende Bedeutung, und es widerspricht dem Zwecke und der Wirkung der Klage, sie als reine Feststellungsklage im Sinne des § 256 aufzufassen. Daß die Wirkung — Betheiligung an der K.Masse — noch die Eintragung in die Tabelle erfordert, und daß erst mit dieser nach § 145 die Betheiligung als rechtskräftig erstritten gilt, ändert nichts am Wesen der Klage. Das sind nur formale Erfordernisse und Unterschiede, die stillschweigende und nothwendige Folgen des Urtheils sind, ebenso wie für die Verurtheilung auf eine Leistungsklage die Beschaffung der Vollstreckungsklausel. Vgl. RG. 24, 60; 34, 410 Anm. 1. In dieser letzten Entscheidung wird ausgeführt, daß auch der Gläubiger, der einen der im Abs. 6 bezeichneten Titel für die bestrittene Forderung hat und deshalb die Klage auf Feststellung gemäß Abs. 6 nicht zu betreiben *braucht*, sie doch nach Abs. 1 betreiben *kann*, ohne daß es des Nachweises und Interesses an alsbaldiger Feststellung bedürfe, wie er zu der Klage nach C.P.O. § 256 nöthig ist. — Ein Bedürfniß, die Klage aus § 146 unter eine bestimmte Art von Klagen (Feststellungsklage, Rechtsgestaltungsklage, Leistungsklage) einzureihen, besteht nicht. A.M. Petersen-Kleinfeller Anm. 17 mit Literatur, Jäger Anm. 12. — Der *Klageantrag* ist der Sachlage gemäß nicht auf Zahlung, sondern auf die mit der Folge einer Betheiligung am K.Verfahren verbundene Feststellung oder auf Beseitigung des sie verhindernden Widerspruchs zu richten, vgl. Anm. zu § 147. Ist ein Vorrecht streitig, so ist der Antrag auch auf Feststellung des Vorrechts und im Falle des § 67 lediglich auf die Feststellung zu richten, daß die Forderung sicherungsberechtigt sei. — Dem Verwalter oder den Gläubigern, die die angemeldete Forderung bestritten haben, steht die Erhebung der Feststellungsklage nach § 146 nicht zu. Dagegen ist für sie ein besonderes Interesse an einer alsbaldigen Feststellung des den anmeldenden Gläubiger betreffenden Rechtsverhältnisses denkbar und sie können gemäß C.P.O. § 256 klagend vorgehen. Vgl. RG. 22. März 1901, JW. 393 f.

3) Ausweis zur Klage. Das K.Gericht hat den Gläubigern streitiger Forderungen einen beglaubigten Tabellenauszug behufs der Betreibung der Feststellung gegen die Bestreitenden zu ertheilen. Der Auszug ist als in der Regel genügend erachtet, um nachzuweisen, daß bei der Prozeßverfolgung die nach Abs. 4 nöthigen Schranken inne gehalten seien. Erforderlichenfalls sei es Sache der Parteien, die nöthigen Behauptungen aufzustellen und auf Auskunft des K.Gerichts Bezug zu nehmen, ohne daß stets eine Abschrift der Anmeldung (wie nach P. § 229) dem Auszuge beizufügen sei. Mot. 365. Den Auszug muß das K.Gericht von Amtswegen geben, indeß nach dem Zwecke nur den Gläubigern, die gemäß Abs. 2, 3 selbst die Feststellung zu betreiben haben, nicht denen, die nach Abs. 6 die Verfolgung der Widersprechenden abwarten können; im letzten Falle jedoch nach der Absicht des Gesetzes dem Widersprechenden. Der Auszug soll dem Gläubiger als ein sofort bereiter Ausweis zur Verfügung stehen, um die Uebereinstimmung des im Prozesse verfolgten mit dem angemeldeten Anspruche, die Personen der Widersprechenden oder, daß von anderer Seite kein Widerspruch erfolgt ist, nöthigenfalls nachweisen zu können. Indeß ist nicht vorgeschrieben (wie im P. § 230 Abs. 3 geschehen war), daß im Sonderprozesse der Auszug stets eingereicht oder vorgelegt werden soll. Vielmehr hat mit Rücksicht auf die im Civilprozesse bestehende Verhandlungsmaxime das Prozeßgericht keine Veranlassung, von Amtswegen Zweifel in jener Beziehung anzuregen, sofern über das Thatsächliche unter den Parteien selbst kein Streit ist.

4) Voraussetzung der Klage. Wesentlich für die Verfolgung der Feststellung ist nach Abs. 4, entsprechend dem § 139 Satz 1 und dem § 12, die *Uebereinstimmung des geprüften Grundes und Betrages mit dem Grunde und Betrage der Feststellungsklage*. Der Zusatz in Abs. 4, daß die Angabe in der Anmeldung oder die Angabe im Prüfungstermine maßgebend ist, betrifft offenbar den Fall, daß gemäß § 142 Abs. 1, 2 eine Aenderung erfolgt und zur Prüfung zugelassen ist. Entscheidend ist also stets der *geprüfte* Grund und der *geprüfte* Betrag. Die Feststellung kann nicht auf einen anderen Schuldgrund und nicht auf einen höheren Betrag gerichtet werden. Um allen Betheiligten die zulässige Mitwirkung zu sichern, kann keine Forderung zur Klage gebracht werden, die nicht vorher der vorschriftsmäßigen Prüfung unterworfen war, § 12.

Digitized by Google

Es genügt nicht eine Uebereinstimmung der eingeklagten mit der angemeldeten Forderung im Allgemeinen (vgl. RGZ. 5, 427, 428), sondern auch der Grund muß derselbe sein. Eine Aenderung des Grundes ist nicht etwa eine Klageänderung, die nach C.P.O. § 264 zugelassen werden könnte, es fehlt vielmehr für eine solche Klage an der Voraussetzung, es ist nicht actio nata. Dem Gläubiger steht sowohl für einen anderen Grund als für eine Erweiterung der Forderung nur eine neue Anmeldung frei. Mot. 366. RG. 39, 48; 14. Okt. 1893, JW. 1894, 16; 5. März 1894, Raff.K. 38, 1174. Doch genügt es, wenn die Anmeldung und Prüfung bei Erlaß des Urtheils vorhanden ist, RG. 17. Mai 1898, JW. 417. Nur eine zulässige Aenderung liegt vor, wenn für eine als unbedingt angemeldete Forderung ihre Berücksichtigung als bedingte verlangt wird.

5) **Der Gegenstand und die Grundlage des Feststellungsstreites** kann stets nur die Frage sein, ob dem Anmeldenden die angemeldete K.Forderung gegen den G.Schuldner zusteht. Ist dies der Fall, so kann der Anmeldende die unbedingte Feststellung verlangen. Eine Feststellung mit einem Vorbehalte (für den Fall der Heranziehung bestimmter Gegenstände zur K.Masse oder sonst) braucht er sich nicht gefallen zu lassen. RG. 27. Mai 1882, Wallmann D. Jur.Z. 7, 387. Namentlich ist die Feststellung einer Forderung gegen den G.Schuldner als Erben mit dem Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars unter Verweisung auf ein Zwangsvollstreckungsverfahren nach C.P.O. § 781 unzulässig; will der Verwalter im Konkurse eines Erben dessen Haftung für die Nachlaßschulden auf den Nachlaß beschränken, so kann er für den Erben die Nachlaßverwaltung oder bei Ueberschuldung des Nachlasses den Nachlaßkonkurs beantragen. Thut er das nicht, so haftet der Erbe unbeschränkt und die Feststellung erfolgt im Konkurse des Erben ohne jeden Vorbehalt und ohne Rücksicht darauf, ob der anmeldende Gläubiger Nachlaßgläubiger ist. Nach früherem Rechte mußte der Verwalter im Feststellungsprozesse den Betrag nachweisen, auf den die Haftung zu beschränken war. RG. 24, 60; vgl. 8, 274; 23. Sept. 1889, Raff.K. 34, 936; 19. März 1892, JW. 218. Der Anmeldende kann in der auf Feststellung gerichteten Klage an Grund und Betrag seiner Forderung nichts mehr ändern, Abs. 4. Dem Widersprechenden sind keine Beschränkungen bei seinen Einwendungen auferlegt; er ist auf die von ihm im Prüfungstermine geltend gemachten nicht beschränkt. Zum Nachweise seiner Widerspruchsberechtigung hat indeß ein widersprechender K.Gläubiger diese seine Eigenschaft zu beweisen, wenn der Anmeldende sie bestreitet. Anm. 1 § 144. Gegen den bevorrechtigten Gläubiger, der einem ohne Vorrecht oder mit nachstehendem Vorrecht anmeldenden Gläubiger dessen Forderung bestreiten will, wird nicht entgegengesetzt werden können, daß er kein Interesse habe; er hat das Interesse, ein unberechtigtes Stimmrecht und dessen Einfluß im Konkurse zu verhüten. Oetker I, 491. — Ein nicht widersprechender Gläubiger kann nicht als Intervenient beitreten, vgl. Anm. 4 zu § 145; ebensowenig der G.Schuldner dem bestreitenden Verwalter oder Gläubiger, weil er im Feststellungsstreit durch den Verwalter vertreten wird, auch nur ein thatsächliches Interesse daran hat, und sein rechtliches nur durch sein eigenes Bestreiten gelten machen kann, RG. 28, 422. Ueber das Verfahren bei mehreren Feststellungsgegnern vgl. Anm. 2—4 zu § 147.

Der sachliche Streit kann nur zum Inhalt haben, ob die angemeldete Forderung begründet ist. Der widersprechende Verwalter ist hierbei hinsichtlich des Inhalts seiner Abwehr der Anmeldung in keiner Weise beschränkt. Als Regel gilt auch für den widersprechenden Gläubiger: er kann der Forderung, indem er sie bestreitet, Einreden jeder Art entgegensetzen, um nachzuweisen, daß der Beanspruchende gegen den G.Schuldner keine Forderung habe und nicht K.Gläubiger im Sinne des § 3 sei. Auch die Unwirksamkeit von Rechtshandlungen gemäß dem § 7 kann er einwenden. Anm. 2, 3 zu § 7. Die Regel erleidet indeß die grundsätzliche Ausnahme, daß, weil nur dem Verwalter die Verfügung über die K.Masse zusteht, § 6, der widersprechende Gläubiger keine Einwendungen entgegensetzen kann, die das Verfügungsrecht über die K.Masse voraussetzen, also nicht Forderungen des G.Schuldners zur Aufrechnung entgegenstellen, Anm. 1 zu § 53, Hullmann S. 184, Wengler S. 339, a. M. Böldendorff I, 546; und nicht eine Anfechtung von Rechtsgeschäften nach § 36 einwandsweise geltend machen. Prot. 92.

Digitized by Google

6) Die Klage auf Feststellung ist nach Abs. 2 Satz 1 im **ordentlichen Verfahren** zu erheben. Diese Bestimmung ist im Interesse aller Betheiligten gegeben, ist prozeßrechtlich und deshalb öffentlichen Rechtes. Sie bedeutet, daß, wenn die Erörterung über die angemeldete Forderung zu keinerlei Einigung zwischen den Streitenden geführt hat, nicht mehr das Konkursgericht, sondern nur noch das Prozeßgericht mit der Sache befaßt werden kann und daß dies im ordentlichen Verfahren entscheiden soll. Nach den Motiven S. 365 soll damit die nach gemeinrechtlichem Verfahren übliche Hineinziehung der Feststellung streitiger Forderungen in den Konkurs beseitigt und jedem Betheiligten die Betreibung oder Nichtbetreibung der Feststellung überlassen werden. Dies schließt aber nicht aus, die Worte „im ordentlichen Verfahren" nach ihrem Wortsinn auszulegen und (gegen Jäger Anm. 5, Kohler S. 564) nur die Bestimmungen der C.P.O. §§ 253—591 anzuwenden, und dagegen den Urkunden- und Wechselprozeß sowie das Mahnverfahren als ausgeschlossen anzusehen. Diese drei Verfahrensarten sind auch für den Feststellungsstreit ungeeignet, weil zu ihrer Anwendbarkeit vorausgesetzt wird, daß der erhobene Anspruch auf die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Werthpapiere gerichtet ist (C.P.O. §§ 592, 688; **RG. 10**, 341; 18, 415). Die Feststellungsklage aber hat nur die Feststellung einer Forderung mit dem Rechte, nach ihrer Maßgabe eine der Höhe nach noch unbestimmte Befriedigung aus der Masse zu finden, zu ihrem Gegenstande. Wenn auch nach § 72 die Vorschriften der C.P.O. nur „entsprechende" Anwendung finden sollen, so rechtfertigt dies noch nicht, die Voraussetzungen für eine gewisse Art des Verfahrens mit Rücksicht auf den Konkurs gänzlich außer Acht zu lassen. Natürlich kann die K.Forderung einen Wechsel ohne sonstiges Rechtsverhältniß des Interessenten zum Grunde haben, und der Gläubiger kann die dagegen nach W.O. Art. 82 unstatthafte Einrede auch im Feststellungsprozesse ablehnen. Das ist materielles Recht und gilt überall, auch wenn außerhalb des Konkurses der Wechselanspruch nicht im Wege des Wechselprozesses geltend gemacht wird. Ueber die Anwendbarkeit des Abs. 2 Satz 1 bei Aufnahme von schwebenden Prozessen vgl. Anm. 12, bei einem Streit über Forderungen mit Titel vgl. Anm. 19. Eine Widerklage gemäß C.P.O. § 33 ist zulässig; so seitens eines widersprechenden Gläubigers die Verfolgung des Rechts, daß der Kläger ihm gegenüber ein Vorrecht nicht geltend zu machen berechtigt ist, **RG. 16**, 116. Ueber die Zulässigkeit des schiedsgerichtlichen Verfahrens vgl. Anm. 10.

7) Die **Zuständigkeit** für die Feststellungsklage wird durch Satz 2 des Abs. 2 geregelt. Er bestimmt als Gerichtsstand des Prozeßgerichts für die Feststellungsklage: das Amtsgericht des K.Verfahrens, und wenn sachlich nicht ein Amts- sondern ein Landgericht zuständig ist, das Landgericht des K.Gerichtsbezirks. Die Bestimmung des Gerichtsstandes (der C.P.O. § 879 entsprechend) soll eine Zersplitterung der Streitigkeiten und Entscheidungen verhindern und zugleich dazu dienen, ein gemeinschaftliches Forum zu begründen, wenn die Klage gegen mehrere Bestreitende gerichtet wird. Die Zuständigkeit ist ausschließlich und die Vereinbarung eines anderen Gerichtsstandes deshalb nicht zulässig, C.P.O. § 40. Das Prozeßgericht hat von Amtswegen die Zuständigkeit zu prüfen; sie ist öffentlichen Rechts. Der Einwand daraus wird nach C.P.P. § 274 nicht ausgeschlossen, **RG. 1**, 438.

Ob die Sache zur sachlichen Zuständigkeit des Landgerichts oder des Amtsgerichts gehört, entscheidet sich nach G.V. §§ 23, 70, wobei jedoch die Vorschrift des nachfolgenden § 148 K.O. zu berücksichtigen ist. Wenn das Landgericht sachlich zuständig ist, und eine Kammer für Handelssachen vorhanden ist, so ist (gegen die frühere Auflage) diese nach Maßgabe der im G.V.G. §§ 101—107 gegebenen Vorschriften zuständig. Nur die Vorschrift des § 101 Ziff. 1 wird in keinem Falle anwendbar sein, denn bei der Klage gegen einen widersprechenden K.Gläubiger wird der zufällige Umstand, daß dieser ein Kaufmann ist, im Sinne des Gesetzes nicht ausschlaggebend sein können. Danach wird man auch im Falle der Klage gegen den Verwalter denselben Grundsatz über die Zuständigkeit annehmen müssen. Vgl. Seuffert § 44 Anm. 5 gegen Mot. 365. — Auf die Fälle des Abs. 6 findet Abs. 2 nicht Anwendung, wenn der Widersprechende klagt. Verfolgt jedoch der

Digitized by Google

mit einem Titel versehene Anmeldende seinen Anspruch, was ihm freisteht (Anm. 2), so ist auch er dem Abs. 2 unterworfen. Prot. 93. Von der im Abs. 2 bestimmten Zuständigkeit sind im Abs. 4 ausdrücklich alle Klagen über solche Forderungen ausgenommen, für deren Feststellung einschließlich der Feststellung eines Vorrechts andere Behörden als die ordentlichen Gerichte zuständig sind; das sind also besondere Gerichte, Verwaltungsgerichte und Verwaltungsbehörden. Hierüber vgl. Anm. 8, 9.

8) Abs. 5. **Besondere Gerichte.** Für Forderungen, deren rechtsverbindliche Geltendmachung nur vor einem nach dem G.V.G. §§ 13, 14 bestellten oder zugelassenen „besonderen Gerichte" verfolgt werden kann, bleibt dies Gericht zuständig, nicht das im Abs. 2 bezeichnete; und findet auch nicht das ordentliche Verfahren, sondern das vor diesem besonderen Gerichte zulässige Verfahren statt. E.G. z. G.V.G. § 3. Ob danach die sachlich vor die Gewerbegerichte (Ges. v. 29. Juli 1890) gehörigen Forderungen vor diese gehören, wenn der Rechtsstreit vor der K.Eröffnung nicht anhängig geworden ist, ist streitig Nach § 1 des Gesetzes ist die Zuständigkeit nicht nur von dem Gegenstand des Streits, sondern auch von einer persönlichen Eigenschaft der Parteien abhängig. Ist nun nicht mehr ein Arbeiter oder Arbeitgeber der Beklagte, sondern der K.Verwalter oder ein bestreitender K.Gläubiger, so fehlt es an der Zuständigkeit des Gewerbegerichts ganz bestimmt in dem zweiten Falle und wird man entsprechend der Beantwortung der Frage, ob bei einem Landgericht die Kammer für Handelssachen zuständig sei, die Zuständigkeit des Gewerbegerichts allgemein verneinen müssen (entgegen den früheren Auflagen). Ebenso, wenn auch aus theilweise anderen Gründen, Oetker I, 346. Anders liegt die Sache, wenn der Rechtsstreit zur Zeit der K.Eröffnung bei einem Gewerbegericht anhängig gewesen ist. In diesem Falle findet nach Abs. 5 die Vorschrift des Abs. 3 Anwendung und zwar entsprechende Anwendung insofern als etwa in dem Verfahren vor dem besonderen Gericht Unterbrechung und Aufnahme des Verfahrens nicht nach Maßgabe der im Abs. 3 vorausgesetzten Anwendung der C.P.O. stattfinden sollten, was aber bei dem Verfahren vor den Gewerbegerichten nicht zutrifft. So auch Oetker I, 348. Vgl. auch LG. I. Berlin, Bl. f. R. 6, 15, das nur den Fall der Aufnahme eines anhängigen Verfahrens behandelt und dabei die Rechtsstellung des Verwalters als Vertreters als ausschlaggebend bezeichnet, ohne den Fall, daß ein anderer K.-Gläubiger der Gegner ist, zu berücksichtigen. — Schiedsgerichte sind als besondere Gerichte im Sinne des Abs. 5 nicht anzusehen, sie haben keine gesetzlich geregelte Zuständigkeit und es besteht zu ihrer Anrufung keinerlei Zwang; vgl. Anm. 10.

9) Ansprüche, die gemäß der Landes- oder Reichsgesetzgebung nur durch **Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte** verbindlich festgesetzt werden können (G.V.G. § 13), unterliegen der Festsetzung derjenigen Behörden, die ohne Rücksicht auf das K.Verfahren zuständig sind. RG. 32, 349. Wenn die Festsetzung der Verwaltungsbehörde bereits einen vollstreckbaren Titel enthält, worüber die Reichs- oder Landesvorschriften entscheiden, so bleibt diese auch für die K.Feststellung maßgebend; der widersprechende Verwalter oder Gläubiger hat dann nur das Recht, den Widerspruch seinerseits in Gemäßheit der landesgesetzlichen Vorschriften im Verwaltungs- oder im Rechtswege vor den danach zuständigen Behörden zu verfolgen. Es findet dann § 146 Abs. 6 Anwendung. Prot. 93. Vgl. P. § 234. So ist gegen den Ansatz von Gerichtskosten, mag deren Höhe, oder die Zahlungspflicht des G.Schuldners oder die Berechtigung zur Theilnahme am Konkurse bestritten werden, nur der in den Kostengesetzen vorgeschriebene Beschwerdeweg zulässig, vgl. RG. 1. Dezember 1886 u. 7. Oktober 1895, Preuß. Justiz-Min.Bl. 1887 S. 85, 1896 S. 322. Insofern hinsichtlich der Entscheidung über ein streitiges Vorrecht oder die Voraussetzungen der Begründung dafür nicht das Gericht, sondern besondere Behörden zuständig sind, ist deren Zuständigkeit auch für die Wirkung der K.Feststellung zu berücksichtigen. In Preußen und, soviel bekannt, auch anderswo besteht jedoch eine Ausdehnung der Zuständigkeit über das Vorrecht nicht. Oetker I, 485 hält sie für landesgesetzlich unzulässig, obgleich doch Abs. 5 den Abs. 2 einschränkend eine andere Zuständigkeit als die des Abs. 2 voraussetzt und in Verbind. mit G.V.G. §§ 13, 14 auch die landesgesetzlich zulässige Zuständigkeit der Verwaltungsinstanzen umfaßt. Abgesehen von solcher etwaigen Zuständigkeit hat das

Digitized by Google

nach allgemeinen Grundsätzen zuständige Prozeßgericht über diese rein privatrechtliche Frage der vermögensrechtlichen Konkurrenz verschiedener Gläubiger zu entscheiden. Vgl. **RG. 34**, 245. In allen Fällen des Abs. 3 hat aber nur eine, dem angemeldeten Betrage und Grunde (Abs. 4) entsprechende Festsetzung die Wirkung einer Feststellung der Forderung im Sinne des § 144. — Für den Abs. 3 sind §§ 240, 250 C.P.O. entsprechend nur anwendbar, wenn und soweit für die betreffenden Verfahren die C.P.O. und namentlich jene Vorschriften entsprechend anwendbar erklärt sind. Soweit dies nicht der Fall ist, kann sinngemäß eine Aufnahme, d. h. eine Fortsetzung des anhängigen Verfahrens unter den nunmehrigen Parteien behufs der Feststellung im Konkurse unter Berücksichtigung des Grundsatzes erfolgen, daß nach § 7 Rechtshandlungen des G.Schuldners nach der K.Eröffnung für die K.Feststellung unwirksam sind.

10) Für die Beantwortung der Frage, ob der Feststellungsstreit auch im **schiedsgerichtlichen Verfahren** entschieden werden kann, fehlt es an einer Bestimmung im Gesetz. Unbedenklich scheint die Entscheidung, daß zwischen dem Verwalter und einem Gläubiger ein Schiedsvertrag geschlossen und dementsprechend durch das Schiedsgericht die Feststellung getroffen werden kann, weil grundsätzlich der Abschluß von Schiedsverträgen dem Verwalter mit Genehmigung des Gläubigerausschusses gestattet ist, § 133, 2, und weil über die Frage, in welcher Höhe eine Forderung angemeldet und festgestellt werden soll, bei Gelegenheit der darüber im Prüfungstermin stattfindenden Erörterung ein Vergleich geschlossen werden kann. Schiedsverträge aber, die nach C.P.O. § 1025 in allen den Fällen zulässig sind, wo Vergleiche geschlossen werden dürfen, haben die Natur eines Vergleichs über die Sache selbst, in dem die Vertragsgenossen sich für das streitige Rechtsverhältniß freiwillig dem Spruch des Schiedsgerichts unterwerfen. Dieser Erwägung steht nicht entgegen, daß Abs. 2 einen ausschließlichen Gerichtsstand für die Erhebung der Klage giebt, der nicht durch Vereinbarung geändert werden könne. Die Vereinbarung eines Schiedsgerichts hat die Bedeutung, daß der Streit überhaupt dem Gerichte entzogen werden solle, sie begründet eine exceptio non petendi. Auch kann der Abs. 2 sinngemäß nur dann Anwendung finden, wenn eine andere Erledigung des Feststellungsstreits als im förmlichen Gerichtsverfahren nicht mehr möglich ist. — Ebenso kann zwischen dem anmeldenden und einem widersprechenden Gläubiger ein Schiedsvertrag geschlossen werden, auch wenn der gleichzeitig widersprechende Verwalter oder andere Gläubiger auf Erledigung vor dem ordentlichen Gerichte und im ordentlichen Verfahren bestehen. Ihre Interessen werden durch das Abkommen deshalb nicht berührt, weil nur durch die Beseitigung aller Widersprüche, also auch der ihren, eine Feststellung zu erreichen ist. — A.M. die frühere Aufl., Sarwey-Bossert Anm. 5.

Eine zweite Frage ist, ob an einen zwischen dem G.Schuldner und dem Gläubiger vor der K.Eröffnung geschlossenen Schiedsvertrag der Verwalter oder ein widersprechender Gläubiger gebunden sind, so daß sie sich auf eine Erledigung des Feststellungsstreits in einem noch nicht anhängigen schiedsrichterlichen Verfahren einlassen müßten, also entweder den schon im Vertrage bezeichneten Schiedsrichtern unterworfen wären oder selber einen zu ernennen hätten (C.P.O. §§ 1028 ff.). Die Frage ist zu verneinen. Der Feststellungsstreit hat zum Gegenstande die Betheiligung des Gläubigers an der Vertheilung der K.Masse Anm. 5 zu § 145, *nicht* das Bestehen der Forderung dem G.Schuldner gegenüber, vgl. Anm. 8 zu § 164; nur zur Erledigung dieses Streites über die Forderung hat sich der G.Schuldner einem Schiedsgericht unterworfen, und weiter kann auch die Wirkung des Schiedsvertrags nicht gehen. Dies wird besonders deutlich bei dem Widerspruch eines K.Gläubigers, der unmöglich durch eine solche Verfügung des G.Schuldners betroffen werden kann; aber auch der Verwalter vertritt den G.Schuldner nur hinsichtlich der K.Masse und darüber hinaus bleibt die Auseinandersetzung zwischen dem Gläubiger und dem G.Schuldner diesem überlassen. § 144 Abs. 2. Widerspricht der G.Schuldner einer Anmeldung, so ist er freilich an einen vorher geschlossenen Schiedsvertrag gebunden. Ferner aber ist auch der Schiedsvertrag ein zweiseitiger privatrechtlicher Vertrag, der erst dann von beiden Seiten völlig erfüllt ist, wenn das schiedsgerichtliche Verfahren seinen Abschluß durch

Digitized by Google

Schiedsspruch gefunden hat. Der Verwalter kann zur Erfüllung eines solchen Vertrages nicht gezwungen werden (§ 17). Und endlich steht der Annahme, der Verwalter oder ein widersprechender Gläubiger könne zur Annahme eines Schiedsgerichts gezwungen werden, der Abs. 2 entgegen, der bei Uneinigkeit der Betheiligten Erhebung der Klage im ordentlichen Verfahren verlangt (Anm. 6).

Die dritte Frage, ob ein bereits anhängiges schiedsgerichtliches Verfahren zwischen dem anmeldenden Gläubiger und dem G.Schuldner in einen Feststellungsstreit übergeleitet werden könne, erledigt sich aus den ersten beiden der oben angegebenen drei Gründe im verneinenden Sinne. Abs. 5 findet keine Anwendung, weil bei einem Schiedsgericht, selbst wenn man es als ein „besonderes Gericht" ansehen wollte, doch von einer Zuständigkeit nicht gesprochen werden darf. A.M. über die zweite und dritte Frage Jäger Anm. 6. Petersen-Kleinfeller Anm. 9, Kohler, Rass.K. 31, 524, Seuffert § 44 Anm. 3. Ueber die Bedeutung eines bereits ergangenen Schiedsspruchs siehe Anm. 16.

II. Aufnahme eines anhängigen Rechtsstreits zur Feststellung. (Abs. 3.)

11) Voraussetzung und Inhalt. War zur Zeit der K.Eröffnung über die Forderung schon ein Rechtsstreit anhängig, so ist die Feststellung durch Aufnahme des nach C.P.O. § 240, vgl. Anm. 2 zu § 12, unterbrochenen Prozesses zu bewirken. Nur der anmeldende Gläubiger kann nach Abs. 1 den Prozeß aufnehmen, nicht der Widersprechende (Verwalter oder Gläubiger), RG. 16, 361 ff.; auch einen Antrag nach C.P.O. § 239 Abs. 2 kann der Widersprechende (gegen Endemann S. 535 Anm. 22) nicht stellen, da für die Aufnahme nicht § 239, sondern § 240 C.P.O. und Abs. 1, 3 § 146 K.O. anwendbar sind, RG. 16, 363; 7. Jan. 1895, J.W. 83; er hat auch kein Interesse daran. Nur wenn Abs. 6 anwendbar ist, kann und muß der Widersprechende zur Fortsetzung aufnehmen, Anm. 1. Auch hier gilt der Grundsatz, daß der Prozeßführung, also der Aufnahme, die Anmeldung vorauszugehen hat und daß sich Grund und Betrag im Prozeß mit der Anmeldung decken müssen (Anm. 4). Der Klageantrag muß nach der Aufnahme den Umständen entsprechend geändert werden und darf nicht mehr auf Leistung gehen, sondern muß auf Feststellung oder Beseitigung des Widerspruchs (bei Mehreren) gerichtet werden. Mot. 366. Prot. 92 bis 93. Eine solche Aenderung ist nach C.P.O. § 268 zulässig, ebenso die Ausdehnung des Antrags auf die Feststellung eines etwa beanspruchten Vorrechts, wenn Forderung und Vorrecht bestritten sind. Ist nur das Vorrecht bestritten, so ist zur Entscheidung hierüber ein besonderer Prozeß nöthig und eine Aufnahme des früheren Prozesses nicht möglich und durch Abs. 3 nicht geboten. Ueber die Aufnahme gegen mehrere Widersprechende vgl. Anm. 2 f. zu § 147. Aufnahmegegner ist, außer für den Fall des Abs 6, der Widersprechende, also der Verwalter oder ein Gläubiger; sie müssen zur Aufnahme geladen werden. Erfolgt die Aufnahme gegen widersprechende Gläubiger, so ist darin nicht zu finden, daß die Gläubiger als Vertreter (Fitting §§ 12, 19, 33, 37) oder als Rechtsnachfolger des G.Schuldners behandelt würden; sondern auf Grund ihres eigenen Rechts sind sie selbständige Parteien und von der Verfolgung des Verwalters als des Vertreters des G.Schuldners unabhängig, vgl. Anm. 3 § 139. Daß gegenüber dem bestreitenden Verwalter oder dem bestreitenden G.Schuldner eine verschiedene Entscheidung erfolgen kann und diese ihren Widerspruch zurücknehmen können, ändert an ihrer sachlichen Rechtsstellung und der Begründung ihrer Prozeßführung nichts; ebensowenig, ob Verwalter und G.Schuldner im Prüfungstermin die Forderung anerkennen oder nicht bestreiten.

12) Das Verfahren erfolgt durch Aufnahme, diese durch Zustellung eines Schriftsatzes an den Gegner, C.P.O. § 250. Ein im Urkunden- oder Wechselprozesse anhängiger Rechtsstreit ist folgerecht in diesem Verfahren aufzunehmen; indeß sachgemäß die Umleitung zum ordentlichen Verfahren nach C.P.O. § 596 zu beantragen, um zur Feststellung, d. h. endgültigen Beseitigung des Widerspruchs, § 144, gelangen zu können, vgl. Anm. 6. Schwebt der Urkundenprozeß schon in zweiter oder dritter Instanz, so ist eine Umleitung in das ordentliche Verfahren nicht mehr zulässig, RG. 5, 351; und da andererseits

Digitized by Google

nach Abs. 3 zur Feststellung nur die Aufnahme erfolgen kann, so ist damit in der That ein Widerspruch gegeben, (wie auch Stein, Urk.-Proz. S. 356 feststellt), der eine direkte Lösung unmöglich erscheinen läßt. Von den Mitteln, die Stein zur Verständigung der Parteien empfiehlt, ist das eine, daß der widersprechende Verwalter das Vorbehaltsurtheil über sich ergehen lassen soll und die Feststellung erst im Nachverfahren erfolgen soll, gesetzlich unthunlich; da der Gläubiger, der nicht Massegläubiger ist, zu einer Aufnahme mit dem Antrage auf Vorbehaltsurtheil nach Abs. 3 und C.P.O. § 240 gar nicht berechtigt ist, sondern nur zur Verfolgung der Feststellung, ein solcher Antrag indeß im Urkundenprozeß nach § 592 C.P.O. unzulässig ist. Dem anderen Mittel, daß der Kläger mit Genehmigung des Gegners die Klage zurücknimmt, um eine neue Klage nach Abs. 2 zu ermöglichen, steht ebenfalls (abgesehen von dem möglichen Einflusse auf die Verjährung C.P.O. §§ 271, 267) die Nothwendigkeit entgegen, daß selbst zur Zurücknahme der Klage die Aufnahme des Prozesses vorangehen muß und diese im Sinne des Abs. 3 nicht erfolgen kann. Eine Lösung wird nur darin gefunden werden können, daß ein Rechtsstreit im Sinne des Abs. 3 worin die Feststellung durch Aufnahme verfolgt werden könnte, nicht vorliegt, daß also Abs. 3 nicht anwendbar ist, sondern nach Abs. 2 eine Klage auf Feststellung zu erheben ist, der wegen der Verschiedenheit des Prozeßgegenstandes der Einwand der Rechtshängigkeit nicht entgegengesetzt werden kann. RG. 32, 231; Petersen-Kleinfeller Anm. 9; Oetker I, 344.

War der Prozeß im Mahnverfahren anhängig, so muß, nachdem die Forderung als K.Forderung streitig geworden, die Aufnahme durch Klage gemäß C.P.O. §§ 693, 696, 697 erfolgen. In Folge des Widerspruchs gegen die Feststellung, § 144 ist der Anmeldende nach eingetretener Rechtshängigkeit, C.P.O. § 693, es mag schon der Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl erfolgt sein oder nicht, ebenso genöthigt, unter Aufnahme des Prozesses gemäß Abs. 3 auf Feststellung zu klagen, wie im Falle eines anderen Prozesses über die angemeldete Forderung und wie er ohne Konkurseintritt im Falle eines Widerspruchs des Schuldners gegen diesen seine Forderung klagbar verfolgen müßte. Petersen-Kleinfeller Anm 10; theilw. abm. Oetker I, 344. Versäumung der Frist des § 697 macht den Weg des Abs. 3 unmöglich, macht aber, da sie zugleich den Grund für Abs. 3, die Rechtshängigkeit beseitigt, nicht erst eine neue Anmeldung vor der Feststellungsklage nöthig; dann ist Abs. 2 anwendbar.

War zur Zeit der K.Eröffnung bereits ein Endurtheil oder ein Vollstreckungsbefehl ergangen, so kommt für eine Verfolgung der Feststellung nicht Abs. 3, sondern Abs. 6 zur Anwendung. — Schwebt der Prozeß vor einem ausländischen Gericht, so findet die in der C.P.O und in der K.O. bestimmte Unterbrechung und Aufnahme des Verfahrens überhaupt nicht Anwendung, da es sich nur um inländische Rechtseinrichtungen handelt. Vgl. Borchardt in Raff.K. 33, 612; s. Anm. 16.

13) Die Bestimmung des Abs. 2 Satz 1 über die **Zuständigkeit** findet keine Anwendung, das Gericht, bei dem der Rechtsstreit vor K.Eröffnung schwebte, bleibt zuständig, auch wenn es ein besonderes Gericht oder ein Verwaltungsgericht war. Auch die Verwaltungsbehörde behält ihre Zuständigkeit. Für eine auf Buße im Strafprozesse geltend gemachte Forderung ist, da der Strafprozeß durch die K.Eröffnung nicht unterbrochen wird, und im Abs. 3 nicht gemeint ist, die Feststellung nach § 146 Abs. 2 zu betreiben. — War ein dem Abs. 3 unterliegender Prozeß bei einem Landgerichte anhängig, so bleibt dieses nach C.P.O. § 263 Nr. 2 zuständig, auch wenn mit Rücksicht auf den Konkurs jetzt nach § 148 das Amtsgericht an sich zuständig sein würde.

14) Nicht berührt durch Abs. 3 ist die zulässige **Verfolgung des Anspruchs gegen den G.Schuldner** selbst, um gegen diesen einen nach der K.Beendigung verwendbaren vollstreckbaren Schuldtitel zu erlangen. Anm. 5 zu § 144. Will der Gläubiger den Anspruch zugleich gegen den bestreitenden G.Schuldner verfolgen, so ist der Antrag gegen diesen ebenfalls entsprechend zu ändern. Wird der Anspruch vom G.Schuldner im Prüfungstermine nicht bestritten und wird er für die K.Masse festgestellt, so erlangt der

Digitized by Google

Gläubiger durch die Feststellung auch gegen den G.Schuldner einen vollstreckbaren Schuldtitel, ohne daß es einer Aufnahme des Prozesses gegen den G.Schuldner selbst bedarf. § 164 Abs. 2.

III. Feststellung von Forderungen mit Titel (Abs. 6).

15) Auch bei den Forderungen, für die der Anmeldende einen der im Abs. 6 bezeichneten Titel **aufzuweisen hat**, giebt es ein Widerspruchsrecht. Nur hat hier nicht der Anmeldende die Feststellung, sondern der Widersprechende den Widerspruch zu verfolgen Es ist möglich, daß nur der Titel durch den Widerspruch beseitigt wird, s. Anm. 18, während die ihm zu Grunde liegende Forderung nicht bestritten oder im Feststellungsstreite anerkannt werden würde. Es ist deshalb zweckmäßig, die Anmeldung nicht nur auf den Titel, sondern auch auf das Schuldverhältniß zu richten. Daß dies der Wille des Gläubigers gewesen ist, ist zu vermuthen, und der Gläubiger verzichtet, auch wenn er bei der Ablehnung des Titels die beanspruchte Forderung zunächst aus dem Titel verfolgt, dadurch (gegen Oetker I, 295, 353) nicht auf die Berücksichtigung der Forderung aus dem ursprünglichen Grunde. Andererseits gehört aber, um dem Gläubiger die Berücksichtigung seiner Forderung als einer titulirten zu sichern, zur Anmeldung der Forderung auch **die Anmeldung und Vorlegung des Titels**. Wird die Forderung nicht bestritten, so ist allerdings der Titel ohne Bedeutung, weil die Feststellung wie ein rechtskräftiges Urtheil wirkt. Ist sie aber bestritten, so legt das Vorhandensein des Titels dem Widersprechenden die Pflicht des Widerspruchs auf. Der Widersprechende — sei es der Verwalter oder ein Gläubiger — hat aber zur Verfolgung des Widerspruchs keine Veranlassung und ist nicht dazu verpflichtet, wenn er von dem Titel nichts weiß. Zudem würde ihm die Kenntniß des Titels in vielen Fällen vom Widerspruch zurückhalten. Er hat deshalb Anspruch, im Prüfungstermin wie die Forderung so auch den Titel prüfen zu können. Die nachträgliche Geltendmachung des Titels fällt unter die „sonstigen Aenderungen der Anmeldung", § 130 Abs. 2, wenigstens insoweit, daß das Vorhandensein des Titels nachträglich zu prüfen ist, wenn die Prüfung in dem Prüfungstermin nicht mehr zugelassen wird. Die Begründung hierfür ist darin zu finden, daß es sich um eine besondere Eigenschaft der angemeldeten Forderung handelt. Der Bedeutung des Prüfungstermins entspricht es ferner, daß dem Widersprechenden klar gestellt wird, ob er oder der anmeldende Gläubiger den Streit zu verfolgen hat, und dazu gehört im Streitfalle die Vorlegung der den Titel bildenden Urkunde. Als Ergebniß der Erörterung ist in die Tabelle einzutragen, ob die Urkunde vorgelegt oder nicht vorgelegt oder das Vorhandensein des Titels von dem Widersprechenden nicht bestritten worden ist. Für die nachträgliche Prüfung wird es genügen, nur die Widersprechenden zuzuziehen, da sie allein zur Verfolgung oder Vertheidigung des Widerspruchs berechtigt sind. Dagegen kann (gegen die früheren Auflagen) nicht zugegeben werden, daß der mit einem solchen Titel versehene Gläubiger diesen lediglich mit einer Einwendung gegen das für die Vertheilung aufgestellte Verzeichniß der zu berücksichtigenden Forderungen (§§ 151, 157, 158, 162) geltend zu machen brauche. Er würde damit unter Umständen die wirksame Verfolgung des Widerspruchs vereiteln können; die Befugniß, bis zur Auszahlung des zugetheilten Betrags dessen Zurückhaltung durch Verfolgung des Widerspruchs herbeizuführen (§ 168 Ziff. 1), kann allzuleicht durch Mangel an Zeit unbrauchbar werden.

16) Als Titel sind im Gesetz aufgeführt Schuldtitel, die mit der Vollstreckungsklausel versehen sind, Endurtheile und Vollstreckungsbefehle. Alle drei Arten von Titeln müssen auf den Namen des G.Schuldners lauten. Ist dies bei einem Endurtheil oder einem Vollstreckungsbefehl nicht der Fall, so bedürfen sie, damit Abs. 6 zur Anwendung kommen kann, noch einer auf den Namen des G.Schuldners lautenden Vollstreckungsklausel. Im Uebrigen aber kommt die Vollstreckungsklausel nur für andere an sich vollstreckbare Schuldtitel (C.P.O. § 794) in Betracht. Die Vollstreckungsklausel muß vor der K.Eröffnung ertheilt sein, eine spätere Ertheilung ist nach § 12 unzulässig. Endurtheile sind auch Versäumnißurtheile; auch wenn schon Einspruch erhoben ist, weil sie nicht durch

Digitized by Google

dieſen, ſondern erſt durch ein Urtheil C.P.O. § 343 aufgehoben werden; ebenſo Urtheile, gegen die ein Rechtsmittel eingelegt iſt, ſelbſt wenn ſie für vorläufig vollſtreckbar erklärt, aber die Zwangsvollſtreckung eingeſtellt ſein ſollte, ebenſo die im Urkundenprozeß C.P.O. § 599, RG. 50, 412, oder die auf Grund von C.P.O. § 540 mit Vorbehalt erlaſſenen Urtheile, weil ſie für die Rechtsmittel als Endurtheile anzuſehen ſind. — Als Endurtheil im Sinne des Abſ. 6 iſt auch ein vor der Eröffnung des Konkurſes ergangener Schiedsſpruch anzuſehen. Eines Vollſtreckungsurtheils würde der Schiedsſpruch nur bedürfen, wenn es ſich um eine Zwangsvollſtreckung handelte, im Uebrigen enthält er eine rechtskräftige Feſtſtellung der Forderung. Nur ſtehen dagegen alle Einreden zu, die gegen die Klage auf Erlaß des Vollſtreckungsurtheils erhoben werden können, oder aus denen die Aufhebung des Schiedsſpruchs verlangt werden kann. C.P.O. §§ 1041, 1042. Endlich iſt hierher auch das rechtskräftige Urtheil eines ausländiſchen Gerichts zu zählen, ohne daß ein Vollſtreckungsurtheil hinzugetreten zu ſein braucht, denn es handelt ſich auch für dieſes nicht um Zwangsvollſtreckung und C.P.O. § 328 ſetzt die Anerkennung des Urtheils voraus, indem es nur Gründe aufführt, durch die die Anerkennung ausgeſchloſſen ſein ſoll. Nur dieſe Gründe können noch dagegen geltend gemacht werden. Solange aber das ausländiſche Urtheil noch nicht rechtskräftig iſt, alſo die Unterbrechung und Aufnahme des Verfahrens (C.P.O. § 240) in Betracht kommen können, muß dem Urtheil die im Abſ. 6 beſtimmte Wirkung verſagt werden, weil die Unterbrechung und Aufnahme, die ſich nach der C.P.O. richten müßten, für das ausländiſche Verfahren nicht gegeben ſind. Theilweiſe abweichend Borchardt in Raſſ.K. 33, 612, der C.P.O. § 328 noch nicht berückſichtigen konnte; ebenſo RG. 8, 385; 9, 372; 16, 431. Ausgeſchloſſen iſt die Anwendung des Abſ. 6 bei allen erwähnten Titeln, ſoweit ſie nicht auf Geld lauten, weil alle Forderungen im Konkurſe nur als Geldforderungen geltend gemacht werden können. Muß jedoch nur noch eine Umrechnung in Reichswährung vorgenommen werden, ſo kann man mit Oetker 1, 307 f. und Seuffert § 44 Anm. 12 die Summe als durch den Titel gedeckt annehmen. Die Geldforderung darf auch nicht von einer Gegenleiſtung abhängen, da bei ſolchen § 17 Anwendung findet. Bedingte Urtheile C.P.O. § 460 fallen gleichfalls nicht unter Abſ. 6, da ſie für ſich noch keine Geldforderung begründen. RG. 16, 361. — Ueber Strafurtheile vgl. Anm. 21.

17) **Berechtigt zur Betreibung des Streits** ſind im Falle des Abſ. 6 zunächſt die Widerſpruchsberechtigten, das ſind der Verwalter oder die andern Gläubiger. Der Widerſpruch des G.Schuldners fällt auch hier aus dem Rahmen des Konkurſes heraus. Im Gegenſatze zu den Fällen des Abſ. 2—5, in denen nur der zur Betreibung der Feſtſtellung *Verpflichtete* auch dazu *befugt* iſt, kann hier auch der mit einem Titel des Abſ. 6 für ſeine Forderung verſehene Gläubiger die Feſtſtellung betreiben, ohne daß er dazu gezwungen wäre. Er hat ein Intereſſe daran, dies zu thun, weil er noch bis zur Schlußvertheilung die Erhebung der Klage durch den Widerſprechenden erwarten kann und dann nach § 168 Nr. 1 die Zurückbehaltung des auf ſeine Forderung entfallenden Antheils ſich gefallen laſſen muß. Dies Intereſſe bedeutet aber für ihn nur den Anlaß, nicht die Vorausſetzung ſeiner Klage, dieſe iſt nicht eine Feſtſtellungsklage der C.P.O. § 256, ſondern die Klage aus § 146: ſie wird im Abſ. 1 ohne Unterſchied den Gläubigern ſtreitig gebliebener Forderungen gewährt. Die Verfolgung des Anſpruchs kann danach auch durch Aufnahme eines noch ſchwebenden Rechtsſtreits erfolgen. RG. 34, 410 Anm., a.M. Jäger Anm. 27. Ueber den für die Erhebung der Klage zweckmäßigen Ausweis vgl. Anm. 2.

18) Ueber **Begründung, Inhalt und Ziel des Anſpruchs** im Regelfalle des Abſ. 6, daß der Widerſprechende betreibt, iſt zu ſagen: Die von dem Widerſprechenden zu veranlaſſende Verfolgung kann ſich zunächſt darauf beſchränken, nachzuweiſen, daß ein Titel im Sinne des Abſ. 6 nicht vorliegt. Es genügen dazu bei einem „mit Vollſtreckungsklauſel verſehenen Schuldtitel" Einwendungen gegen die Zuläſſigkeit der Vollſtreckungsklauſel, die dieſe Vorausſetzung, C.P.O. § 732, und damit die Anwendbarkeit des Abſ. 6 beſeitigen, ohne daß der ferneren Nichtanwendung (mit Oetker 1, 353) entgegengeſetzt werden kann,

Digitized by Google

daß früher eine Vollstreckungsklausel bestanden hat. Der Anmeldende ist dann in der Lage, seinerseits die Feststellung nach Abs. 2, 3 weiter betreiben zu können und zu müssen Petersen-Kleinfeller Anm. 27; Fitting § 12 Anm. 29. Gelingt die Beseitigung nicht, so bleibt der gegen den G.Schuldner vor der K.Eröffnung erlangte vollstreckbare Schuldtitel an sich rechtsgültig und maßgebend auch gegenüber den K.Gläubigern und dem Verwalter, unbeschadet des Anfechtungsrechts, das dem widersprechenden Verwalter etwa (des Schuldtitels ungeachtet, § 35) zusteht. Es ist vielmehr Sache des Widersprechenden, seinerseits den Widerspruch gegen die Anmeldung zu verfolgen. Er kann dies (abgesehen von einer auf Anfechtung gegründeten Klage des Verwalters) nur unter denselben Formen und Rechtsbehelfen, wie der G.Schuldner dem Schuldtitel widersprechen könnte, wenn kein Konkurs schwebte. Ein rechtskräftiges Urtheil kann nur durch Nichtigkeits- oder Restitutionsklage (C.P.O. §§ 518 ff.), oder durch Prozeßerhebung gemäß C.P.O. § 767, vgl. RG. 6. Juli 1894, Kaff.K. 38. 1172, beseitigt werden, wenngleich für die Entscheidungen des K.Gerichts als solchen eine Wiederaufnahmeklage nicht statthaft ist, Anm. 6 § 73. Ein obsiegliches, aber noch nicht rechtskräftiges Urtheil kann nur durch Aufnahme des Rechtsstreits, entsprechend § 146 Abs. 3, RG. 27, 350; 30. Sept. 1891, JW. 486, in Verbindung mit Einlegung des Rechtsmittels oder Einspruchs oder durch Fortsetzung des Streites an Stelle des G.Schuldners beseitigt werden; dann kann der Widersprechende entsprechend dem Abs. 3 die Aufnahme veranlassen; aber für die im RG. 30. Sept. 1891 vorausgesetzte entsprechende Anwendung des § 239 Abs. 2 C.P.O. und § 10 K.O., die an sich auch für den Fall des § 146 Abs. 6 wie für Abs. 3, (vgl. Anm. 12) nicht anwendbar sind, fehlt ein Rechtsgrund und ein Interesse. RG. 34, 409. Beseitigt werden kann ferner ein Vollstreckungsbefehl nur gemäß den Vorschriften der C.P.O. §§ 794 Nr. 4, 795, 796, 699, 700; und andere vollstreckbare Schuldtitel (C.P.O. §§ 794, 801) in Gemäßheit der Vorschriften der C.P.O. §§ 795, 797, 767, 732. Dem entsprechend hängt die Art der Verfolgung des Widerspruchs von der Lage des einzelnen Falles ab. Soweit der Widerspruch begründet gefunden wird, fällt die K.Forderung fort; mit der Zurückweisung aller Widersprüche ist die Forderung für festgestellt zu erachten.

19) Auf das **Verfahren** findet die Vorschrift des Abs. 2 Satz 2 über das ordentliche Verfahren keine Anwendung, wenn nicht von den Anmeldenden die Klage auf Feststellung erhoben, sondern von dem Widersprechenden der Widerspruch verfolgt wird. Es handelt sich alsdann nur um Beseitigung des vorhandenen Titels und diese kann auch im Urkundenprozeß erfolgen. Das Bedenken, daß in diesen Verfahren nur ein Antrag auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme zulässig sei, vgl. Anm. 6, findet hier keinen Platz, weil der Antrag des anmeldenden Gläubigers nur auf Abweisung des gegen ihn gerichteten Angriffs gerichtet ist. Vgl. RG. 50, 412. Ist freilich der Titel beseitigt, so finden nunmehr die Bestimmungen des Abs. 2 für den Fortgang des Verfahrens Anwendung, weil nunmehr der anmeldende Gläubiger zu betreiben hat. — Ueber dem Einfluß der Konkursbeendigung auf den noch schwebenden Feststellungsprozeß vgl. Anm. zu §§ 163, 194.

20) Auch auf die **Zuständigkeit** findet die Vorschrift des Abs. 2 Satz 1 keine Anwendung. — Die Verfolgung des Widerspruchs hat in dem Gerichtsstande zu geschehen, der durch die vorerwähnten Bestimmungen für die betreffenden Rechtsverfolgungen und bei Anfechtungsklagen des Verwalters durch die allgemeinen Vorschriften vorgeschrieben oder gestattet ist. Vgl. C.P.O. § 797 Abs. 5. Mot. 366, 367, Prot. 92, 93. Auch auf Forderungen, für die ein im Verwaltungswege gesetzlich vollstreckbarer Schuldtitel vorliegt (Steuern und sonstige im Abs. 5 bezeichnete Forderungen) ist bei gleicher ratio legis der Abs. 6 anwendbar, wenngleich für solche eine Vollstreckungsklausel gemäß C.P.O. §§ 724, 725 nicht ausgefertigt ist, soweit dies etwa gesetzlich unnöthig oder unmöglich wäre. Neben den in Anm. 9 angedeuteten partikularen Bestimmungen über die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte und Verwaltungsbehörden sind hinsichtlich des Verfahrens, das einzutreten hat, wenn schon ein vollstreckbarer Titel vorliegt, die entsprechenden Vorschriften über die administrative Zwangsvollstreckung zu berücksichtigen. Für Preußen vgl. Ausf.G.

Digitized by Google

z. C.P.O. vom 24. März 1879 §§ 14, 15, und Verordnung vom 7. Sept. 1879 betr. das Verwaltungszwangsverfahren wegen Beitreibung von Geldbeträgen, G.S. S. 591. — Wegen der Anwendung von Abs. 5 und 3 auf die Fälle des Abs. 6, wenn eine Unterbrechung gemäß § 240 C.P.O. nicht eintritt, vgl. Anm. 9 a. Ende.

21) Auch ein **Urtheil des Strafgerichts**, das gemäß Str.Ges.B. §§ 188, 231 ff., Str.Proz.O. §§ 414, 435 ff. eine Buße zuerkennt, ist als ein über Vermögensrechte entscheidendes Endurtheil im Sinne des Abs. 6 anzusehen. Ist es nicht schon rechtskräftig, so kann der Widersprechende dagegen zwar nicht die, dem G.Schuldner zum Zwecke der Freisprechung von Strafe zustehenden Rechtsmittel mit dieser Wirkung einlegen. Indeß ist der Anspruch auf Buße eine zur Theilnahme am Konkurse berechtigende Geldforderung, das Recht, ihrer Feststellung zu widersprechen, steht also dem Verwalter und den K.Gläubigern zu, sie können es an Stelle des G.Schuldners mit den Mitteln verfolgen, die ihm zuständen, wenn kein Konkurs eröffnet wäre, und so folgt aus Abs. 6 und der ratio legis, daß der Widersprechende, soweit dem G Schuldner noch Rechtsmittel gegen die Zuerkennung der Buße zustehen oder schon eingelegt sind, von ihnen mit der Wirkung Gebrauch machen kann, die Feststellung der Buße gegen die K.Masse zu hindern. Der G.-Schuldner würde Rechtsmittel auch lediglich gegen die Buße oder deren Höhe, ohne Rücksicht auf die Strafe geltend machen können, Str.Pr.O. § 338. Es bedarf keiner besonderen Widerspruchsklage, wie Oetker I, 350 ff., 354 und Petersen-Kleinfeller A. 25 wollen. Dasselbe gilt von dem, den Verfall einer Sicherheit aussprechenden Urtheile des § 122 Str.Pr.O.; indeß tritt hier gemäß § 240 C.P.O. eine Unterbrechung des Verfahrens durch die K.Eröffnung als Folgerung des § 122 Str.Ges.B. ein, was bei der Zuerkennung einer Buße nicht der Fall ist.

22) VI. Abs. 7. **Berichtigung der Tabelle.** Die Sorge für die Berichtigung der Tabelle wegen der Forderung und nöthigenfalls des Vorrechts ist der obsiegenden Partei auferlegt, da sie in deren Interesse liegt. Die Berichtigung ist beim K.Gerichte unter Vorlegung der entsprechenden Urkunden, Urtheile, Erklärungen u. dgl. in Antrag zu bringen. Von den Umständen hängt es ab, ob dem Antrage sofort oder nach Anhörung der Betheiligten statt zu geben ist. Mot. 367. Die Berichtigung sowie deren Ablehnung sind „Entscheidungen" im Sinne des § 73, wovon den Bethei igten, nämlich dem Antragsteller im Falle der Ablehnung des Antrags, dem Gegner im Falle einer thatsächlichen Berichtigung und in diesem Falle auch dem Verwalter mit Rücksicht auf den Einfluß auf Stimmrecht und Theilnahmerecht, §§ 95, 152, Nachricht zu geben ist. Der durch eine (unbegründete) Berichtigung oder die Ablehnung einer Berichtigung in ihren Rechten verletzten Partei steht die Beschwerde zu. Als „latentes" nicht anfechtbares Dekret ist (gegen Oetker I, 289, 372, 373) eine Berichtigung nicht anzusehen; ihre Anordnung ist stets eine ausgedrückte Entscheidung. Eine zulässige Berichtigung im Sinne der §§ 319, 320 C.P.O. ist dabei nicht in Frage.

Der obsiegende Gläubiger erlangt, wenn nach Beseitigung aller Widersprüche die Feststellung der Forderung in die Tabelle eingetragen wird, die Wirkung eines rechtskräftigen Urtheils gegen alle K.Gläubiger, § 145, und insbesondere die Vollstreckbarkeit gegen den G.Schuldner, der selbst nicht widersprochen hat, § 164.

Uebereinstimmend mit den Mot. 367 und entsprechend dem für alle streitige Forderungen bestimmenden Abs. 1 ist nicht bloß nach einem geführten Prozesse, sondern in allen Fällen die Berichtigung der Tabelle von demjenigen herbeizuführen, in dessen Interesse sie liegt; insbesondere also auch bei der Beseitigung eines Widerspruchs durch Zurücknahme, Vergleich u. s. w. Die obsiegende Partei ist in dieser Beziehung stets diejenige, zu deren Gunsten eine Aenderung im Inhalte der Tabelle erwirkt ist. Ueber den Eintritt eines Rechtsnachfolgers vgl. Anm. 2 zu § 142.

Die Berichtigung ist nicht unter allen Umständen nothwendig; der Gläubiger, der in dem Streite obsiegt, kann immer noch mit Hülfe des § 152 seine Betheiligung an den Vertheilungen erreichen, eine Berichtigung ist aber auch die Feststellung, daß ein Wider-

Digitized by Google

spruch für begründet erklärt ist, und diese Berichtigung der Tabelle ist insofern nothwendig, als sie den widersprechenden Gläubiger gegen die Aufnahme des unterlegenen Gläubigers in die Vertheilungsliste sichert.

§ 147. (135.)

Soweit durch ein Urtheil rechtskräftig eine Forderung festgestellt oder ein Widerspruch für begründet erklärt ist, wirkt dasselbe gegenüber allen Konkursgläubigern. War der Prozeß nur gegen einzelne Gläubiger geführt, so können diese den Ersatz ihrer Prozeßkosten aus der Konkursmasse insoweit verlangen, als der letzteren durch das Urtheil ein Vortheil erwachsen ist.

E. I. 146. P. 237.

1. Wirkung des im Feststellungsstreit ergehenden Urtheils.
2. Verfahren gegen mehrere Feststellungsgegner.
3. a. gegen die Einzelnen besonders,
4. b. gegen die Mehreren gemeinsam.
5. Grundsätze bei Verfolgung durch den Widersprechenden.
6. Kosten des Feststellungsprozesses.

1) Die Vorschrift des § 147 bestimmt **die Wirkung eines im Feststellungsstreit ergangenen rechtskräftigen Urtheils.** Im E. I. § 146 war der Ausdruck gewählt: „Das in dem besonderen Prozesse ergehende Urtheil wirkt gegenüber allen K.Gläubigern". Die Vork. beschloß dafür im E. § 135 die Fassung: „Das Urtheil, durch welches eine Forderung rechtskräftig festgestellt ist, wirkt gegenüber allen K.Gläubigern". In der RK. fand man hierdurch die Grundsätze nicht genügend und korrekt ausgedrückt, die nach den Erläuterungen der Regierungsvertreter maßgebend sein sollten, und es wurde daher die jetzige gesetzliche Fassung des ersten Satzes eingerückt. Prot. 93—95, 173—178. Insofern nur *eine* Partei widersprochen hat, ist die Wirkung der Vorschrift klar; sie schließt (in allen Fassungen) den nachträglichen Widerspruch eines anderen Gläubigers und jede Restitution aus. Ebenso verhält es sich aber auch, wenn mehrere Personen widersprochen haben, also mehr als ein Feststellungsgegner vorhanden ist. Ist *ihnen* gegenüber die angemeldete und bestrittene Forderung rechtskräftig festgestellt, so ist für alle, die nicht widersprochen haben, Verwalter oder Gläubiger, ein nachträgliches Verfahren ausgeschlossen, wenngleich sie weder das Recht haben, dem Feststellungsstreit als Streitgenossen beizutreten, noch sonst irgendwie zugezogen werden. Sie sind in derselben Lage, als wenn eine Forderung von vornherein festgestellt und in die Tabelle als festgestellt eingetragen wäre (§ 144). — Ueber die Wirkung eines rechtskräftigen Urtheils im Feststellungsstreit für und wider den G.Schuldner vgl. Anm. zu § 164.

2) Sind **mehrere Feststellungsgegner** vorhanden, so muß ihnen allen gegenüber die Feststellung betrieben werden. Der erste Satz des § 147 soll nicht etwa die Bedeutung haben, daß es genüge, wenn durch rechtskräftiges Urtheil gegen Einen oder Einige der Widersprechenden eine Forderung für festgestellt erklärt ist, um damit auch diese Wirkung gegen andere Widersprechende oder gegen alle K.Gläubiger, d. h. für den Konkurs herbeizuführen. Der im § 144 Abs. 1 ausgedrückte Grundsatz, daß jeder erhobene Widerspruch beseitigt sein muß, um eine Forderung für festgestellt zu erklären, ist durch § 147 nicht geändert; Satz 1 trifft keine besondere Vorschrift darüber, welches Urtheil zur rechtskräftigen Feststellung einer Forderung geeignet ist. Nur sämmtliche Widersprechende zusammen vertreten im Sinne der §§ 144 Abs. 1, 147 die Gesammtmasse der K.Gläubiger. Endemann S. 533; Wach I, 624. Abw. Schultze S. 104 ff. Es muß deshalb auch der Widerspruch *aller Gegner* überwunden werden, wenn die Feststellung folgen soll (§§ 144 Abs. 1, 146 Abs. 1, Prot. 92). Der Sieg auch nur eines Gegners hindert sie. Der anmeldende Gläubiger hat zwei Wege, die Feststellung zu betreiben, er kann a. gegen jeden Widersprechenden einzeln, oder b. gegen alle zusammen klagend vorgehen.

3) a. **Klage gegen einzelne Feststellungsgegner.** Es ist nicht vorgeschrieben und *nicht nöthig*, daß über die Beseitigung des Widerspruchs sämmtlicher Bestreitender *in einem* Prozesse verhandelt und entschieden wird. Dem Anmeldenden ist unbe-

Digitized by Google

nommen, gegen die Einzelnen in besonderen Prozessen klagbar zu werden, auch gegen Einzelne noch mit dem Prozesse zu warten. Prot. 175. Eine Zwangsstreitgenossenschaft der verschiedenen Widersprechenden in dem Sinne, daß alle zu demselben Prozesse zugezogen werden müßten, ist in der K.Ordnung nicht vorgeschrieben und aus der Natur der Sache nicht zu folgern. Eine Erledigung durch ein Verfahren ist unter Umständen selbst unmöglich; so wenn gegen einen vollstreckbaren Schuldtitel (§ 146 Abs. 6) ein bestreitender Gläubiger nur in dem gemäß Anm. 9, 20 zu § 146 zulässigen Verfahren und Gerichtsstande seinen Widerspruch verfolgen muß, während der mitbestreitende Verwalter seinen Widerspruch auf Grund einer Anfechtung vor einem anderen Gerichtsstande und in einem anderen Verfahren nur geltend machen kann. Eine Vorschrift, wie sie C.P.O. § 856 Abs. 3 für den Fall der Einklagung eines im Wege der Zwangsvollstreckung überwiesenen Anspruchs gegen einen Drittschuldner enthält, daß alle sonst Betheiligten zum Prozesse zu laden sind, ist absichtlich nicht erlassen. Unbegründet ist auch die Theorie von Schultze S. 101, 104 ff., daß zwar dem widersprechenden Verwalter durch ein gegen widersprechende K.Gläubiger ergangenes Urtheil nicht präjudizirt werde, und ebenso den Letzteren nicht durch ein Urtheil gegen den Verwalter; daß indeß die Entscheidung gegen alle K.Gläubiger, weil das Ergebniß hinsichtlich der Feststellung der streitigen Summe einheitlich sein müsse, auch nur durch einen Prozeß getroffen werden könne. Eine logische oder juristische Nothwendigkeit ist hierfür nicht vorhanden, da die Beseitigung des Widerspruchs Verschiedener auch Streitgegenstand verschiedener Prozesse sein kann. Ohnehin ist die Nothwendigkeit des einheitlichen Schlußergebnisses auch ebenso für die Prozesse gegen den widersprechenden Verwalter und gegen die Gläubiger vorhanden, da es sich um die Einheitlichkeit der Feststellung der bestrittenen Forderung handelt. Daß die Nothwendigkeit der Feststellung in einem Prozesse nicht beabsichtigt ist, ergeben die Mot. S. 368, die Erörterungen in der K.K. (Hagens) Prot. 94, 173—178, und das Fehlen jeder eine solche Nothwendigkeit bestimmenden Vorschrift. Abw. Völderndorff Anm. d zu § 134 (a. F.), der in allen Fällen nur einen Prozeß für zulässig erklärt; und Fitting 3. Aufl. § 12 Anm. 46, der für § 146 Abs. 2, 3 die gemeinsame Betreibung der Feststellung gegen alle Widersprechenden bei Vermeidung der Abweisung des Feststellungsantrags für nöthig erklärt und für § 146 Abs. 6 den § 856 C.P.O. entsprechend anwenden will.

Der Anmeldende kann also, wenn etwa der Aufenthalt eines Bestreitenden zur Zeit nicht zu ermitteln ist oder Vergleichsunterhandlungen mit ihm schweben, den Prozeß gegen andere Bestreitende fortsetzen, und braucht überhaupt nicht gegen Alle zugleich zu klagen. Falls gegen einen der Bestreitenden eine öffentliche Zustellung nöthig würde, wäre es unpraktisch, den Prozeß gegen die anderen Bestreitenden erst zugleich mit dem für den Abwesenden bestimmten Verhandlungstermine beginnen zu lassen. In der Regel und da der Zweck der Feststellung nur durch Beseitigung aller Widersprüche zu erreichen ist, liegt es im eigenen Interesse des Anmeldenden, denselben Prozeß gegen alle Widersprechenden zugleich anzustrengen. Auch das Prozeßgericht kann nach C.P.O §§ 147, 150 die erhobenen verschiedenen Prozesse verbinden und wieder trennen.

Da nun aber, wenn auch nicht gegen alle Widersprechenden in einem Verfahren verhandelt, doch gegen alle der Sieg erstritten werden muß, so folgt daraus, daß der Antrag und die Urtheilsfassung bei den einzelnen Widersprüchen, sofern nicht über den zuletzt nur noch streitig gebliebenen zu erkennen ist, nicht unbedingt dahin zu richten ist, daß die Forderung für festgestellt zu erklären, sondern nur relativ, daß der Widerspruch der Partei für unbegründet zu erklären ist. Den verschiedenen Widersprechenden gegenüber können an sich auch verschiedene Urtheile ergehen; sowohl die mangelnde Legitimation eines Widersprechenden, als die Verschiedenheiten entgegengestellter Einwendungen und der Beweisführungen können verschiedene Ergebnisse rechtfertigen; der Verwalter kann auf Grund einer Anfechtung oder Aufrechnung obsiegen, während dem widersprechenden Gläubiger gegenüber die bestrittene Forderung als solche an sich nachgewiesen sein mag. Jedenfalls kann, wenn der Widerspruch auch nur in einem der Sonderprozesse für begründet erklärt ist, dem Gläubiger auch das (frühere oder spätere) Gewinnen der anderen Sonderprozesse

Digitized by Google

zur Erwirkung der Feststellung nichts helfen. (Abw. Schultze S. 101, 104 ff., wie vorst. bemerkt.) — Sollte ein Urtheil in einem solchen Sonderprozesse unbedingt auf Feststellungserklärung hinsichtlich der streitigen Forderung gerichtet sein, während nach der Tabelle auch von anderen widersprochen ist, über deren Widerspruch noch nicht entschieden ist, so würde das Urtheil, das die streitenden Parteien bezeichnen muß und nur inter partes wirkt, gegen die übrigen Widersprechenden nicht wirksam sein und nur dahin ausgelegt werden müssen, daß die Feststellung durch den Widerspruch der Urtheilsparteien nicht gehindert werden soll.

4) b. **Sofern wegen der Feststellung gegen mehrere Bestreitende in demselben Prozesse verhandelt wird,** kann das Ergebniß der Feststellung allen Streitgenossen gegenüber nur dasselbe sein. Die Forderung kann in der Endwirkung nicht einzelnen K.Gläubigern gegenüber als festgestellt gelten und anderen gegenüber als nicht festgestellt. Wenn auch nur in Folge des Widerspruchs Eines der Bestreitenden die angemeldete Forderung als nicht begründet zu erachten ist, so ist sie für nicht festgestellt zu erklären; und sofern dies rechtskräftig festgestellt ist, daß ein Widerspruch begründet ist, erübrigt sich ein fernerer Streit mit anderen Betheiligten. Vgl. Prot. 91—95, 173—178. Zwischen den mehreren widersprechenden Gläubigern besteht aber (entgegen **RG.** 5, 413) keine nothwendige Streitgenossenschaft, da über jeden Widerspruch besonders entschieden werden kann und die Klage des Gläubigers nicht gegen Alle gerichtet zu werden braucht. Ebenso brauchen auch mehrere Widersprechende im Falle des Abs. 6 nicht zusammen zu klagen.

5) Dieselben Grundsätze, die in Anm. 2—4 erörtert sind, finden auch Anwendung, **wenn** nicht der Anmeldende die Feststellung, sondern **der Widersprechende den Widerspruch zu verfolgen hat,** § 146 Abs. 6, (Anm. 15—20). Jeder Widersprechende kann einzeln seinen Widerspruch verfolgen. Wird nur der Widerspruch Eines der Widersprechenden für unbegründet erklärt, so ist dadurch die Verfolgung der anderen Widersprechenden nicht beseitigt. Wird jedoch auch nur auf den Widerspruch Eines der Anspruch für unbegründet erklärt, so wirkt dies zur Beseitigung der Feststellung zu Gunsten aller K.Gläubiger. Demgemäß ist durch § 147 zugleich ausgedrückt, daß für die dem § 146 Abs. 6 unterliegenden Forderungen bei der Vertheilung nach §§ 152, 168 Nr. 1 Antheile nicht mehr zu berechnen sind, wenn der Widerspruch gegen die Forderung für begründet erklärt ist. Prot. 175, 176. Ein Antrag in der R.K., im Falle des § 146 Abs. 6 durch gerichtliche Bestellung eines gemeinschaftlichen Vertreters den mehreren Widersprechenden die Verfolgung des Widerspruchs zu erleichtern, ist abgelehnt. Den Betheiligten bleibt überlassen, ihr Vorgehen zu beschließen und darüber, soweit wünschenswerth, sich zu einigen.

6) Wer von den streitenden Parteien **im Feststellungsprozesse die Kosten** zu tragen hat, ist im Prozesse nach den allgemeinen Grundsätzen, C.P.O. §§ 91 ff., zu entscheiden. Soweit darnach der Verwalter zur Tragung und Erstattung von Prozeßkosten verpflichtet ist, sind sie Masseschulden, § 59 Nr. 1. Soweit widersprechende Gläubiger Kosten zu tragen haben, gehören sie zu den ihnen für ihre Theilnahme am Verfahren erwachsenden Kosten, deren Erstattung sie nach § 63 Nr. 2 weder als Konkurs-, noch als Massegläubiger fordern können. — Eine Ausnahme hiervon bestimmt Satz 2 des § 147. Er giebt für den Fall, daß Gläubiger durch ihre Prozeßführung im Feststellungsverfahren der Masse einen Vortheil — durch Verringerung des Gesammtschuldenbetrages — bereiten, den Gläubigern das Recht auf Ersatz der aufgewendeten „Prozeßkosten", deren Umfang in C.P.O. § 91 jetzt erweitert ist (nicht anderer Aufwendungen oder Bemühungen), aus der K.Masse bis zur Höhe dieses Vortheils. Dieser Anspruch des Gläubigers ist, wenn begründet, ein Masseanspruch und gehört zu § 59 Nr. 3. Ist im Prozesse neben Gläubigern oder neben einem Gläubiger auch der Verwalter als Mitbestreitender betheiligt, so findet der zweite Satz nicht Anwendung, weil dann der Grund dafür, die nützliche Verwendung, fortfällt. Natürlich ist er aber anwendbar, wenn der Prozeß zwar nicht gegen mehrere einzelne Gläubiger, aber nur gegen einen Gläubiger geführt war. — Die Erstattung ist nur bis zur Höhe des für die Masse erwachsenden Vortheils, also des für die Masse geretteten Dividendenbetrages und nicht vor dessen Ermittelung zu verlangen. Die Erstattungs-

Digitized by Google

pflicht des Gegners wird durch die Vorschrift nicht berührt; aber, soweit aus der Masse erstattet ist, gewinnt diese einen Anspruch gegen den Gegner.

§ 148. (136.)

Der Werth des Streitgegenstandes eines Prozesses über die Richtigkeit oder das Vorrecht einer Forderung ist mit Rücksicht auf das Verhältniß der Theilungs- zur Schuldenmasse von dem Prozeßgerichte nach freiem Ermessen festzusetzen.

E. I. 147.

1. Forderungsprozeß. | 2. Vorrechtsprozeß.

1) **Forderungsprozeß.** Für die sachliche Zuständigkeit, G.V. §§ 23, 70, die Kostenberechnung, G.K.G. §§ 9, 54; Geb.O. f. R.A. §§ 10, 59 und die Berechnung der Revisionssumme, C.P.O. § 546, **RG. 10**, 68; 7. Dez. 1893, JW. 1894 S. 17 ist nach § 148 nicht der Nennwerth der streitigen Forderung maßgebend, sondern (unter Abänderung der C.P.O. §§ 2—9) der Werth, der sich mit Rücksicht auf das Verhältniß der Theilungsmasse (Aktivmasse II. Lit. 3) zur Schuldenmasse ergiebt, also die voraussichtlich für die Forderung zu erwartende Dividende. Der Kläger hat in der Klage nach C.P.O. §§ 253 Abs. 3, 495 den Werth des Streitgegenstandes mit Rücksicht hierauf anzugeben. Das angegangene Prozeßgericht hat dann durch Beschluß den Werth festzusetzen. Der Gegner kann einen anderen Werth angeben und darauf den Einwand der sachlichen Unzuständigkeit des Gerichts gründen; in diesem Falle ist durch Urtheil zu entscheiden (C.P.O. §§ 274, 505). Das Prozeßgericht bestimmt den Werth unter Berücksichtigung jenes Verhältnisses „nach freiem Ermessen". Die zuverlässige Auskunft wird in der Regel der Verwalter geben können. Maßgebend ist die Berechnung zur Zeit der Klageerhebung gemäß der Vorschriften der durch § 148 ergänzten C.P.O. §§ 3, 4, **RG.** 6. April 1899, Raff.K. **43**, 1217; a.M., ohne die Anwendung des § 4 durch einen Grund zu widerlegen, **RG.** 12. Febr. 1894, Raff.K. 38, 1180. Im Falle des § 146 Abs. 3 ist § 148 nicht für die Zuständigkeit (vgl. Anm. 13 zu § 146), aber für die Revisionssumme und für die Gerichtskosten verwendbar. Wird statt des früheren Antrags auf Zahlung der Antrag auf Feststellung gestellt, so ist der Streitgegenstand ein anderer und die Kosten sind dann bis dahin nach dem früheren Antrage, die späteren Kosten nach § 148 zu berechnen, **RG.** 18. Jan. 1893, JW. 126; 31. Jan. 1894, JW. 114. Unberührt bleibt, daß nach der Prozeß-Aufnahme für die Berufungs- und die Revisionsinstanz nur der nach § 148 zu berechnende Beschwerdegegenstand maßgebend ist. — Würde die zu erwartende Dividende eine erheblich geringere, wenn die in Klage begriffene Forderung festgestellt würde, als wenn sie abgewiesen werden müßte, so ist nur der geringere Prozentsatz als der für die eingeklagte Forderung erstrebte und erreichte Werth maßgebend; der für die übrigen Forderungen sich ergebende Betrag ist nicht Streitgegenstand, **RG.** 1. Okt. 1896, JW. 602. Hängt die Dividende für die eingeklagte Forderung von anderen Prozessen (oder auch von der Verwerthung der Aktivmasse) ab, so bleibt nur übrig, den Werth nach Ermessen zu schätzen, **RG.** 11. Febr. 1899, JW. 228.

Wenn das Landgericht angegangen ist und (ohne einen Einwand oder nach Verwerfung des Einwandes der sachlichen Unzuständigkeit) erkannt hat, so kann dessen Urtheil „nicht aus dem Grunde angefochten werden, weil die Zuständigkeit des Amtsgerichts begründet gewesen ist". C.P.O. § 10. War das Amtsgericht angegangen, so kann auch gegen dessen Entscheidung über den Werth und über die sachliche Zuständigkeit Berufung erfolgen. Der Berufungsrichter hat dann bei der Festsetzung, die eine thatsächliche Würdigung enthält, dasselbe freie Ermessen, wie der erste Richter.

Das Prozeßgericht hat für die Feststellungsklage gemäß § 146 Abs. 2 mit Rücksicht auf die sich darnach bestimmende ausschließliche Zuständigkeit, § 146 Abs. 2, diese selbst und daher auch den Werth von Amtswegen zu prüfen, Anm. 7 zu § 146. Zulässig ist es, auch nach früherer Annahme oder Festsetzung des Werthes ohne Berücksichtigung des

Digitized by Google

§ 148 eine Aenderung des Kostenfestsetzungsbeschlusses nach § 148 durch Beschwerde zu veranlassen, RG. 8. März 1893, JW. 200; dagegen hat die nach § 148 erfolgte Festsetzung des Werthes keinen Einfluß darauf, wie viel den Gläubigern im Konkurse zu vertheilen ist, ebenso nicht für die Rechte und das Verfahren nach dem Konkurse, § 164.

2) **Ist das Vorrecht streitig,** so kommt das Verhältniß der reinen Theilungsmasse zu der gemäß dem Vorrechte beanspruchten Stelle unter den Schulden in Betracht. Reicht darnach die Theilungsmasse zur vollen Befriedigung der Bevorrechtigten aus, so besteht der Werth im Nennbetrage der Forderung.

Fünfter Titel.
Vertheilung.

Für die Beschleunigung der Vertheilung hatte im Gegensatz zum gemeinrechtlichen Verfahren, nach dem zuvor die Verwerthung der gesammten Masse nebst der Feststellung aller K.Forderungen und ihrer verwickelten Vorrechte abzuwarten war, die preuß. K.O. v. 1855 wesentlich dadurch gesorgt, daß die Vornahme von Abschlagsvertheilungen vor der Schlußvertheilung nach dem Vorgange des französischen Verfahrens eingeführt wurde. Die K.O. hat das System der Abschlagsvertheilungen von Hemmnissen noch dadurch befreit, daß die Scheidung der Verwaltung in eine einstweilige und endgültige sowie die fast regelmäßige doppelte allgemeine Anmeldefrist fortgefallen ist. Die Feststellung der Berücksichtigung der bedingten und unbestimmten Forderungen und der Ansprüche auf fortlaufende Hebungen ist ferner durchgreifender in der K.O. (§§ 66—70) schon mit der Anmeldung und Prüfung verbunden und nicht erst (wie in der P.) dem Vertheilungsverfahren vorbehalten. Auch im Vertheilungsverfahren selbst hat die K.O. eine anerkennenswerthe Verbesserung der P. herbeigeführt. Nach dieser war ein vollständiger, die einzelnen Hebungen berechnender Vertheilungsplan aufzustellen, der nachher noch der Erörterung über die berücksichtigten Forderungen und dem Hinzutreten anderer Konkurs- oder Masse-Gläubiger ausgesetzt war und darnach häufig umgearbeitet werden mußte. Die K.O. leitet dagegen die Vertheilung damit ein, daß der Verwalter zunächst nur ein Verzeichniß der zu berücksichtigenden Forderungen, deren Gesammtsumme und den verfügbaren Massebestand bekannt giebt (§ 151). Die Berücksichtigung kann dann binnen Ausschlußfristen durch Geltendmachung von Einwendungen eingeschränkt und durch Hinzutreten von anderen Forderungen oder Führung von Nachweisen erweitert werden. Nach dem Ablauf dieser Fristen wird erst der zu zahlende Betrag und zwar für Abschlagszahlungen der zu zahlende Prozentsatz beschlossen (§§ 152—160). Der Prozentsatz wird bekannt gemacht und danach kann jeder zu Berücksichtigende selbst seinen Summenantheil berechnen. Nicht nur K.Gläubiger, sondern auch Massegläubiger, deren Ansprüche erst nachher dem Verwalter bekannt werden, sind von der Berüchsichtigung für den zur Zeit zu vertheilenden Massebestand ausgeschlossen, §§ 159, 172. Die unleugbare Verbesserung dieses Verfahrens besteht darin, daß die Erörterung und Ergänzung wegen der zu berücksichtigenden Forderungen der Beschließung und Berechnung der Antheile und des Prozentsatzes vorangehen muß, und eine spätere Umrechnung nicht stattzufinden braucht. Mot. 369—372. Die K.O.N. schließt von der Berücksichtigung solche bedingten Forderungen aus, die, weil der Eintritt der Bedingung nicht in Aussicht steht, keinen Vermögenswerth haben.

Das Verfahren, das in den §§ 149—172 behandelt wird, betrifft die Vertheilungen an die Konkursgläubiger; demgemäß sind es auch nur ihre Forderungen, Erklärungen, Nachweise und Einwendungen, wovon in diesem Titel die Rede ist Mittelbar sind indeß auch die Massegläubiger durch die Voraussetzung, daß sie gesichert sein müssen, sowie nach § 172 betheiligt.

Digitized by Google

§ 149. (137.)

Nach der Abhaltung des allgemeinen Prüfungstermins soll, so oft hinreichende baare Masse vorhanden ist, eine Vertheilung an die Konkursgläubiger erfolgen.

E. I. 149. P. 239. 253.

1. Vertheilungsverfahren der K.O.
2. Abschlagsvertheilungen.
3. Vertheilter Betrag.

1) **Das Vertheilungsverfahren der K.O.** führt entsprechend der Behandlung der Feststellungen zur rechtsverbindlichen Bestimmung der den einzelnen Forderungen aus der K.Masse zu gewährenden Beträge, §§ 158, 162, nicht in einer Gesammtentscheidung, sondern in gesonderten Festsetzungen, deren Verbindung die Gesammtentscheidung im Anschlusse an die Tabelle in Verzeichnißform darstellt, § 151. Die materielle Grundlage bilden neben dem Faktor der verfügbaren Masse die Feststellungen der Forderungen; die formelle Grundlage geben das vom Verwalter aufzustellende Verzeichniß der Forderungen, die für die Vertheilung zu berücksichtigen sind, und die in Gemäßheit der Erklärungen, der Nachweise oder des Ausschlusses der Betheiligten, sowie der Einzelentscheidungen über Streitpunkte erfolgenden Ergänzungen oder Berichtigungen dieses Verzeichnisses. Die K.O. unterscheidet vorläufige Abschlagsvertheilungen, §§ 149, 158—160, die das K.Verfahren beendende Schlußvertheilung, die stattfindet, wenn die Verwerthung der Masse beendet ist, §§ 161—163, und als ausnahmsweise erfolgende Fortsetzung der Schlußvertheilung noch eine Nachtragsvertheilung, § 165. Das Verfahren bei den Abschlagsvertheilungen und bei der Schlußvertheilung unterscheidet sich nur dadurch, daß für die Schlußvertheilung, nicht aber für die Abschlagsvertheilungen die Genehmigung des Gerichts nöthig ist, § 161, daß als Ausschlußzeitpunkt für Einwendungen gegen das Verzeichniß für die Abschlagszahlungen das Ende einer Frist, für die Schlußvertheilung das Ende des Schlußtermins dient, §§ 158, 162, und daß für die Abschlagsvertheilungen ein bestimmter Prozentsatz festzusetzen ist, § 159, während für die Schlußvertheilung das Verhältniß sich dadurch ergiebt, daß die ganze Restmasse verhältnißmäßig zu theilen ist.

2) **Eine Abschlagsvertheilung,** überhaupt eine Vertheilung soll vor dem allgemeinen Prüfungstermine nicht stattfinden, da die Prüfung erst die Grundlage für die Vertheilung giebt; deshalb bestimmt § 149 erst „nach der Abhaltung des allgemeinen Prüfungstermins". Alsdann sind aber die Abschlagsvertheilungen nicht bloß (wie P. §§ 239, 253) zugelassen, sondern vorgeschrieben („soll"), mithin für die Regel den Verwaltungsorganen (§ 150) als Verpflichtung auferlegt; sie machen sich durch Nichtbeachtung verantwortlich. Mot. 373. Indeß ein Klagerecht eines Gläubigers auf Zahlung aus der Masse ist nicht begründet, vgl. §§ 12, 14 und Anm. 4 zu § 158; RG. 27. Febr. 1890, JW. 114; Raff.K. 34, 1201. Eine Ausnahme von der Regel des § 149 ist im § 160 zugelassen.

3) Bei der Beurtheilung, **welcher Betrag zur Vertheilung gelangen kann,** ist selbstverständlich die Befriedigung der bekannten und geltend gemachten Masse-, Aus- und Absonderungs-Ansprüche zu sichern, vgl. §§ 172, 170 und Anm. 2 zu § 4. Eine Vorschrift, daß ein bestimmter Prozentsatz zur Vertheilung verpflichten soll, ist absichtlich nicht getroffen. Die sehr verschiedene Lage der Fälle und das Interesse der K.Gläubiger für schleunige Vertheilung sind maßgebend. Mot. 373.

§ 150. (138.)

Zur Vornahme einer Vertheilung hat der Verwalter, wenn ein Gläubigerausschuß bestellt ist, dessen Genehmigung einzuholen.

E. I. 151. P. 241.

1. Stellung des Verwalters im Vertheilungsverfahren. | 2. Genehmigung des Ausschusses.

1) Für das gesammte Vertheilungsverfahren ist es **der Verwalter,** der die Initiative, die Leitung und die Sorge für den Betrieb hat. Er hat die Erklärung des Ausschusses, wenn einer bestellt ist, zu veranlassen; er muß das Verzeichniß der Forderungen

Digitized by Google

aufstellen; an ihn sind Erklärungen, Nachweise, Anträge auf Ergänzung oder Berichtigung zu richten; er hat die Bestimmung des Prozentsatzes zu treffen oder zu veranlassen und die Vertheilung auszuführen. Dem K.Gerichte liegt lediglich die Entscheidung über Einwendungen gegen das vom Verwalter nach der „Ausschlußfrist" als vollständig hingestellte Verzeichniß ob.

Der § 150 gilt für jede Abschlags- oder Schlußvertheilung. Der Verwalter hat zunächst zu bestimmen, daß eine Vertheilung stattfinden soll. Er kann dazu nicht gezwungen werden. Wenn die Mot. 373, 374 bemerken: das Gericht könne den Verwalter vermöge des allgemeinen Aufsichtsrechts (§§ 83, 84) und der Vorschrift des § 149 durch Ordnungsstrafen anhalten, die Vertheilung verfügbarer Bestände nicht pflichtwidrig zu verzögern, so ist dabei auch zu berücksichtigen, daß das Aufsichtsrecht nicht an sich dazu dienen soll, die Zweckmäßigkeit des Verfahrens zu prüfen. Mot. 306; **RG. 29**, 83. Auch der Gläubigerausschuß kann den Verwalter auf Grund seines Aufsichtsrechts (§ 88) zur Vertheilung zwar veranlassen, aber nicht unmittelbar zwingen. Bei der Erörterung in der K.K. wurde zwar angeregt, dem Ausschusse ein Recht dazu einzuräumen. Dies wurde indeß nicht nöthig gefunden. Prot. 100. Ist kein G.Ausschuß bestellt, so ist der Verwalter, sobald er eine Abschlagsvertheilung vornehmen will, dazu selbständig und allein berechtigt. Der Genehmigung der G.Versammlung bedarf er zu keiner Vertheilung, der Genehmigung des Gerichts nur zur Schlußvertheilung; indeß in dem besonderen Falle des § 160 kann das Gericht mit Rücksicht auf einen vorgeschlagenen Zwangsvergleich auf Antrag des G.Schuldners eine Abschlagsvertheilung aussetzen. — Ist indessen ein Ausschuß bestellt, so ist dessen Genehmigung außer der des Verwalters nöthig. Es kann im Interesse der Gläubiger liegen, eine Vertheilung aufzuschieben, weil auf einen günstigen Akkord hingearbeitet wird oder weil durch eine frühere Vertheilung sachwidrig einzelne Gläubiger thatsächlich präkludirt werden und nach § 155 später doch zu berücksichtigen sind.

2) **Die Genehmigung des Ausschusses** muß vom Verwalter herbeigeführt werden. Verweigert der Ausschuß seine Genehmigung, so unterbleibt die Vertheilung. Die Gläubigerversammlung kann den Beschluß des Ausschusses nicht ersetzen. Daß der Verwalter auf Grund des formellen Rechts, nach § 93 die Berufung einer G.Versammlung zu verlangen, die Vertheilung durch die G.Versammlung an Stelle des Ausschusses beschließen ließe, widerspricht der in der K.O. vorgenommenen Sonderung der Funktionen der Organe, vgl. Anm. 2 zu § 90; Oetker 1, 405. A.M. Fitting § 39 Anm. 7; Sarwey-Bossert Anm. 1; Völderndorff zu b, Stieglitz, Petersen-Kleinfeller Anm. 3; Endemann S. 545.

§ 151. (139.)

Vor der Vornahme einer Vertheilung hat der Verwalter ein Verzeichniß der bei derselben zu berücksichtigenden Forderungen auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Betheiligten niederzulegen und die Summe der Forderungen sowie den zur Vertheilung verfügbaren Massebestand öffentlich bekannt zu machen.

E. I. 151. P. 241 ff.

1. Vorbereitung der Vertheilung.
2. Verzeichniß, Aufstellung und Inhalt.
3. Betheiligte.
4. Gläubiger mit Anspruch auf Befriedigung aus gewissen Gegenständen.
5. Nachlaßgläubiger im Konkurse des Vorerben.
6. Gläubiger eines im Nießbrauch Dritter stehenden Nachlasses.
7. Gläubiger eines im Nießbrauch eines Dritten stehenden Vermögens.
8. Gläubiger des eingebrachten Gutes im Konkurse der Ehefrau.
9. Gläubiger mit Ansprüchen auf sonst unpfändbare Gegenstände.
10. Inhalt des Verzeichnisses beim Vorhandensein bevorrechtigter u. s. w. Gläubiger.
11. Form des Verzeichnisses.
12. Oeffentliche Bekanntmachung.
13. Ermittelung des Vertheilungsbetrages.
14. Gesetzliche Folgen der Bekanntmachung.

1) **Verfahren zur Vorbereitung der Vertheilung.** Auch § 151 gilt, wie § 150, für jede (Abschlags- oder Schluß-)Vertheilung. Der Verwalter hat für sie

Digitized by Google

a. ein Verzeichniß der zu berücksichtigenden Forderungen auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen und

b. die Summe der Forderungen und den verfügbaren Massenbestand öffentlich bekannt zu machen.

Die Unterlassung macht den Verwalter entschädigungspflichtig und kann Rückforderungsrechte gegen die rechtswidrig bevorzugten Gläubiger veranlassen, vgl. Anm. 7 zu § 162. RG. 24. Febr. 1890, Raff K. 34, 1205.

Der Zweck der im § 151 bestimmten öffentlichen Bekanntmachung und der Niederlegung des der Forderungssumme zu Grunde zu legenden Verzeichnisses ist: a. den Konkurs-Gläubigern die Gelegenheit zur Prüfung und zur Veranlassung der Berichtigung des Verzeichnisses zu geben (§§ 158—162), den noch nicht zu berücksichtigenden die Erwägung zu erleichtern, ob es für sie mit Rücksicht auf das Verhältniß des Bestandes zu der Forderungssumme noch räthlich ist, ihre Betheiligung zu sichern (§§ 152 ff.) und b. diejenigen, die nicht innerhalb der Ausschlußfristen nach der Bekanntmachung ihre Betheiligung betrieben haben, von der Vertheilung auszuschließen (§§ 152 ff., 158, 172). Mot. 374.

2) **Das Verzeichniß**, bestimmt, die etwa nöthigen Aenderungen und Berichtigungen aufzunehmen und als Grundlage für die Ausführung der Vertheilung zu dienen, hat sich an die Tabelle anzuschließen, weil nach dieser wieder zu bemessen ist, welche Forderungen aufzunehmen sind. **Aufzunehmen hat** der Verwalter die gesetzlich bei der (gerade beabsichtigten) Vertheilung „zu berücksichtigenden Forderungen". Welche Forderungen „zu berücksichtigen" sind, ist in den §§ 152—156 bestimmt. Demgemäß sind in das Verzeichniß die in Anm. 1 zu § 152 bezeichneten geprüften K.Forderungen aufzunehmen, also

a. alle festgestellten,

b. streitige, für die ein Titel im Sinne des § 146 Abs. 6 vorliegt,

c. andere streitige, für die die Prozeßverfolgung nach § 152 nachgewiesen ist.

Natürlich kann der Verwalter das Verzeichniß nur mit Rücksicht auf die Ergebnisse aufstellen, wie sie zur Zeit der Fertigung des Verzeichnisses vorliegen, vorbehaltlich der Aenderungen nach §§ 152—157. Dagegen hat er Forderungen, für die die nach §§ 152 ff. nöthigen Berücksichtigungsbeweise noch nicht beigebracht sind oder die keine Berücksichtigung verdienen (gegen Völderndorff zu b), noch nicht „vorbehaltlich des Nachweises nach § 152" aufzunehmen und darf solche auch für die Gesammtsumme (vgl. Anm. 4) nicht berechnen; andernfalls würde die Uebersicht zur Zeit unrichtig sein. Als „zu berücksichtigen" sind hier alle Forderungen verstanden, für die bei der in Rede stehenden Vertheilung eine Dividende zu berechnen ist, ohne Unterschied, ob sie dem Gläubiger sofort auszuzahlen oder noch zurückzubehalten ist. Dies ergiebt die Vergleichung der §§ 152—156 mit §§ 168, 169. Nach dem näheren Inhalte der §§ 153 ff., 168 bestehen insbesondere für die zugleich absonderungsberechtigten und die bedingten Forderungen Unterschiede in der Berücksichtigung bei einer Abschlagsvertheilung und bei einer Schlußvertheilung. Selbstverständlich muß der Verwalter diese Unterschiede auch bei der Aufstellung des Verzeichnisses insofern beachten, daß er nur die für die jedesmalige Art der Vertheilung zu berücksichtigenden Forderungen — diese jedoch auch sämmtlich — aufnimmt. Sie sind im Verzeichnisse unter Bezeichnung der Gläubiger und der zu berücksichtigenden Beträge anzugeben. Bevorrechtigte Gläubiger sind unter Bezeichnung des zu berücksichtigenden Vorrechts besonders zu vermerken; hierüber vgl. Anm. 4—9.

Die Aufnahme anderer Bemerkungen und anderer Forderungen und insbesondere auch von Vermerken darüber, ob und welche Forderungen von den aufgenommenen nicht bloß „zu berücksichtigen", sondern auch bei der Vertheilung sofort an die Gläubiger auszuzahlen sind und welche dagegen nur durch Zurückbehaltung zu berücksichtigen sind, ist durch § 151 nicht vorgeschrieben, für den Zweck der Vorschrift nicht nöthig, praktisch nicht rathsam und wegen der Folgen gefährlich. Dem § 151 ist genügt, wenn alle Forderungen, für die die Vertheilungsdividende nach §§ 152—157 zu berechnen ist, verzeichnet sind; nur auf die „Vertheilungs-Berücksichtigung", nicht auf die Umstände der Auszahlung oder Zurückbehaltung haben sich die Nachweisungen, Ergänzungen und Aenderungen gemäß

Digitized by Google

§§ 152—157 zu beziehen, und nur gegen die aus dem Verzeichniß sich ergebende Berücksichtigung oder Nichtberücksichtigung haben sich die Einwendungen nach §§ 158—162 zu richten. Dagegen gehört die Frage, ob und welche Antheile von den berücksichtigten noch zurückzubehalten sind, nicht diesem Abschnitte des Verfahrens an, sondern dem späteren des Vollzuges der Vertheilung, und ist mit diesem Abschnitt auch schon äußerlich in den §§ 167—169 abgesondert. — Ist hiernach die Aufnahme entsprechender Vermerke unnöthig, so ist ihre Unterlassung schon deshalb anzurathen, damit nicht unnöthig entweder vorzeitig Erörterungen über die Art des Vollzuges der Vertheilung in einem Stadium des Verfahrens vorgebracht werden, in das sie noch nicht hinein gehören, oder aus dem Schweigen über solche Vermerke ein konkludenter oder gesetzlicher Ausschluß der Zurückbehaltung gefolgert wird. Das Ueberflüssige wird hier schädlich. Gefährlich werden die Vermerke über Zurückbehaltungen, wenn sie für den mit einer Zurückbehaltung nicht einverstandenen Gläubiger die natürliche Veranlassung geben, auch gegen diese Vermerke ihre Einwendungen gemäß § 158 vorzubringen, und für das K.Gericht, über solche Einwendungen nach § 158 Abs. 2 zu entscheiden. Die Frage, ob Forderungsantheile zurückzubehalten oder auszuzahlen sind, ist, wie alle Streitigkeiten über den Vollzug der Vertheilung, der Entscheidung des Prozeßgerichts nicht entzogen. RG. 21, 338.

Dem oben angegebenen Zwecke entsprechend ist es dagegen allerdings rathsam, mit anzugeben, wie viel von dem verfügbaren Massenbestande für bevorrechtigte Gläubiger und nach § 155 für früher nicht berücksichtigte Gläubiger zu verwenden ist. Den Grund der einzelnen Forderungen und den Grund, weshalb sie für die Vertheiluug zu berücksichtigen sind, im Verzeichnisse anzugeben (Völderndorff II. zu b), ist im Regelfalle unnöthig.

3) Unter den „**Betheiligten**", zu deren Einsicht das Verzeichniß niederzulegen ist, sind in Gemäßheit jenes Zwecks die K.Gläubiger zu verstehen; vgl. § 149. Zu diesen gehören auch die bevorrechtigten Gläubiger.

4) Bei der Aufstellung des Verzeichnisses sind besonders zu beachten die **Gläubiger, die ein Vorrecht** vor allen anderen Gläubigern **auf Befriedigung aus gewissen Gegenständen** der K.Masse haben. Es sind dies die Pfandbriefgläubiger im Konkurse der Hypothekenbanken (Hypothekenbankengesetz § 35) und die Versicherten im Konkurse der Lebensversicherungsanstalten und gewisser Kranken- und Unfallversicherungsunternehmungen (Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen §§ 61, 63, 12). Vgl. Vorbem. 3, 4 vor § 61. Da sie allen vorangehen, so sind sie an die Spitze des Verzeichnisses zu stellen, und da sie, soweit sie nicht aus den dem Vorrecht unterworfenen Gegenständen vollständig befriedigt werden, mit dem ausfallenden Betrage, aber auch nur mit diesem, an der Befriedigung aus der übrigen Masse Theil nehmen, so sind sie mit dem ausfallenden Betrage unter den nicht bevorrechtigten Gläubigern nochmals aufzuführen (Hyp.B.G. § 35 Abs. 2 Vers.Ges. § 61 Abs. 3 Satz 2). Vgl. Anm. 7 zu § 153.

5) Ferner sind **im Konkurse über das Vermögen eines Vorerben die Nachlaßgläubiger** besonders zu beachten. Inwieweit sie aus dem nicht zum Nachlaß gehörenden Vermögen des G.Schuldners Befriedigung verlangen dürfen, hängt davon ab, welche Entwickelung die Haftung für die Nachlaßschulden in der Person des Erben genommen hat. Jedenfalls aber können die Nachlaßgläubiger Befriedigung aus dem Nachlaß verlangen, während die übrigen Gläubiger daraus nicht befriedigt werden dürfen, soweit eine Verfügung über den Nachlaß kraft des Rechts des Nacherben unwirksam sein würde (§ 128 C.P.O. § 863 Abs. 2, B.G.B. § 2115). Die Nachlaßgläubiger sind deshalb in dem Verzeichniß als solche gesondert aufzuführen und nur insoweit, als sie auch an die übrige Masse sich halten können, je nach der Natur der Forderungen unter den bevorrechtigten oder unter den nicht bevorrechtigten Gläubigern nochmals aufzuführen. Darüber, ob sie in diesem Falle an der nicht zum Nachlasse gehörenden Masse nur mit dem bei dem Nachlasse erlittenen Ausfalle oder gleichzeitig an beiden Theilen der Masse mit ihren ganzen Forderungen theilnehmen können, giebt das Gesetz keine ausdrückliche Bestimmung. Im § 234 ist nur für den Fall des Nachlaßkonkurses und der Nachlaßverwaltung bestimmt,

Digitized by Google

daß Gläubiger, denen der Erbe unbeschränkt haftet, im Konkurse über das Vermögen des Erben an den Vertheilungen nur wie Absonderungsberechtigte Theil nehmen sollen. Der Konkurs über das Vermögen des Vorerben umfaßt sowohl den dem Vorerben angefallenen Nachlaß als dessen sonstiges Vermögen und hier wie bei dem Nachlaßkonkurs sind die Gläubiger des Erben von dem Zugriff auf den Nachlaß ausgeschlossen, was, wenn nicht Vorerbfolge vorliegt, nur durch Eröffnung des Nachlaßkonkurses oder der Nachlaßverwaltung erreicht werden könnte. Man darf deshalb, obgleich der Konkurs über den Nachlaß und über das sonstige Vermögen des Erben nicht in getrennten Verfahren abgehandelt wird, doch die Vorschrift des § 234 auch auf diesen Fall anwenden, so daß die Nachlaßgläubiger auch hier an den Vertheilungen aus dem übrigen Vermögen nur wie Absonderungsberechtigte Theil nehmen. Der K.Verwalter würde diesen Erfolg in jedem Falle durch den Antrag auf Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs erreichen können. Durch Anwendung des § 234 wird der Erfolg seiner Willkür entzogen.

6) Die **Gläubiger eines** zur K.Masse gehörigen **Nachlasses, an dem einem Dritten der Nießbrauch zusteht,** befinden sich in einer ganz ähnlichen Lage, wie die Nachlaßgläubiger im Konkurse des Vorerben. Wegen des Nießbrauchs können die K.Gläubiger die Nachlaßgegenstände zum Gegenstande ihrer Befriedigung nur insoweit machen, als es gelingt, sie mit dem Nießbrauche belastet zu verwerthen. Die Nachlaßgläubiger dagegen können Befriedigung aus den Gegenständen ungeachtet des Nießbrauchs verlangen (B.G.B. §§ 1086, 1089). Da die Gegenstände zur K.Masse gehören, so kann die Befriedigung nur im Konkurse verlangt werden, wenn auch der Nießbraucher berechtigt ist, jeden Nachlaßgläubiger unmittelbar zu befriedigen und zu diesem Zwecke Nachlaßgegenstände zu veräußern (B.G.B. § 1087 Abs. 2, § 1089). Daraus folgt weiter, daß der K.Verwalter berechtigt ist, die Herausgabe der zur Befriedigung erforderlichen Gegenstände zur Masse zu fordern (vgl. B.G.B. § 1087 Abs. 1); er sorgt damit zugleich für die vollständigere Befriedigung der übrigen K.Gläubiger. Die Theilnahme der Nachlaßgläubiger an den Vertheilungen bestimmt sich danach auch in diesem Fall nach den Vorschriften über die Theilnahme der Aussonderungsberechtigten. Mit dem Erlöschen des Nießbrauches (auch Anfechtung der Bestellung) fällt der Nachlaß frei zur K.Masse, so daß ein Absonderungsrecht der Nachlaßgläubiger nur noch im Wege des Nachlaßkonkurses oder der Nachlaßverwaltung erreicht werden kann.

7) Nicht ebenso stehen die **Gläubiger eines** zur K.Masse gehörigen **Vermögens, an dem einem Dritten der Nießbrauch zusteht.** Es handelt sich dabei um das in dem Zeitpunkte der Bestellung vorhanden gewesene Vermögen des G.Schuldners. Die zu dieser Zeit vorhanden gewesenen Gläubiger sind zwar ebenso wie die Gläubiger des einem Nießbrauche unterworfenen Nachlasses allein berechtigt, Befriedigung aus den Gegenständen des Nießbrauches zu verlangen, B.G.B. §§ 1086, 1087; aber es fehlt an einer Gesetzesvorschrift, nach der ihre Theilnahme an der übrigen K.Masse beschränkt werden könnte. Die Vertheilung stellt sich für sie so, daß sie, sofern sie nicht vollständige Befriedigung aus der Nießbrauchsmasse erlangt haben, als Gläubiger ihrer ganzen Forderung an der Vertheilung der K.Masse Theil nehmen. Der Verwalter sorgt auch hier für die Herbeischaffung der Nießbrauchsmasse (Anm. 6) und ist, sofern der G.Schuldner der Besteller des Nießbrauchs ist, auch nach Befriedigung der bevorzugten Gläubiger berechtigt, die Herausgabe des dem Nießbrauche unterliegenden Vermögens zu verlangen, soweit es zu deren Befriedigung erforderlich gewesen wäre (B.G.B. § 1089 Abs. 1). Beendigung des Nießbrauchs wirkt auch hier wie im Falle der Anm. 6.

8) In dem Konkurse über das Vermögen einer Ehefrau können die **Gläubiger, die ihre Befriedigung aus dem eingebrachten Gute** verlangen können und verlangen, an der nicht zum eingebrachten Gute gehörenden Masse in gleicher Weise Theil nehmen, wie es in Anm. 7 ausgeführt ist. Auch hier ist der K.Verwalter berechtigt, die aus dem vorbehaltenen Vermögen zur Befriedigung der bezeichneten Gläubiger gemachten Aufwendungen ersetzt zu verlangen, sofern nicht die Schuld im Verhältnisse der Ehegatten zu einander dem Vorbehaltgute zur Last fällt, B.G.B. § 1417 Abs. 2. Die Beendigung der

Digitized by Google

ehemännlichen Nutznießung macht auch hier das eingebrachte Gut zu einem Theil der allen Gläubigern zugänglichen Masse und ebenso wirkt die Herausgabe des Gutes an den Verwalter zur freien Verfügung.

9) **Forderungen, die nach ihrer Natur allein zur Zwangsvollstreckung in gewisse** sonst jeder Zwangsvollstreckung entzogene **Gegenstände** berechtigen, sind gleichfalls besonders zu beachten. Es handelt sich hierbei um die in C.P.O. § 850 Abs. 4 bezeichneten Unterhaltsansprüche von Verwandten und Ehegatten und die ebenda Abs. 1 Z. 3, 7, 8 und Abs. 2, 3 bezeichneten Gegenstände, um die in Anm. 10 zu § 1 bezeichneten ähnlichen Forderungen und Gegenstände, sowie um die Befriedigung von Forderungen gegen einen Nachlaß aus den einem Vorerben zustehenden Nutzungen, C.P.O. § 863. Die Gegenstände gehören der Regel nach nicht zur K.Masse; sie sind nur zur Masse zu ziehen, wenn K.Gläubiger solcher Forderungen vorhanden sind; diese Gläubiger würden sonst, da sie während des Konkurses das konkursfreie Vermögen des Schuldners nicht angreifen dürfen (§ 14), ihres Rechts verlustig gehen. Da es sich ferner um Gegenstände handelt, die hiernach zur Masse zu ziehen sind, so ist der Verwalter derjenige, der sie heranzuziehen hat. Er kann sie zum vollen Betrage der fraglichen Forderungen heranziehen, um damit die vollständigere Befriedigung der übrigen Gläubiger zu erreichen. Die fraglichen Gläubiger selbst aber nehmen, so lange sie nicht vollständig befriedigt sind, mit ihren ganzen Forderungen an allen Vertheilungen Theil.

10) Weil durch die Kenntnißnahme von dem Verzeichnisse und durch die Möglichkeit einer Verhandlung darüber die Gläubiger ihre Aufsicht über die richtige Bemessung der auf sie entfallenden Antheile ausüben, müssen die Gläubigerklassen im Verzeichnisse erkennbar von einander geschieden sein. Bei dem Konkurse einer Pfandbriefbank oder einer Lebensversicherungsanstalt (s. oben Anm. 4) ist die Anzahl der auf bestimmte Massegegenstände bevorrechtigten Gläubiger so groß und im Regelfalle die ihnen vorweg zustehende Masse so bedeutend, daß der Verwalter für diesen Theil der Vertheilung ein besonderes Verzeichniß aufstellen muß, das aber ebenfalls zur Einsicht aller K.Gläubiger wegen ihres Interesses auszulegen ist (Anm. 4).

Die bevorrechtigten Gläubiger des § 61 Nr. 1—5 werden in das für alle übrigen K.Gläubiger bestimmte Verzeichniß aufgenommen. Es ist jedoch dem Verwalter gestattet, Zahlungen auf diese und die oben erwähnten bevorrechtigten Forderungen mit Genehmigung des Gerichts auch unabhängig von den Vertheilungen vorzunehmen. Vgl. § 170. Ist dies geschehen, so bedarf es ihrer Aufnahme in das Verzeichniß nicht.

Die Konkursforderungen, für die aus gewissen Gegenständen unter Ausschluß der anderen K.Gläubiger Befriedigung gefordert werden darf, sind ebenfalls hervorzuheben. Sie können als bevorrechtigte Forderungen im Sinne der K.O. nicht angesehen werden, ihr Vorrecht bedarf keiner Anmeldung, es besteht den anderen K.Gläubigern gegenüber nur negativ darin, daß sie nicht wie jene von der Befriedigung aus den in Betracht kommenden Gegenständen ausgeschlossen sind. Im Prüfungsverfahren kann deshalb die besondere Berechtigung nicht zur Erörterung kommen und so giebt nur die Aufstellung des Verzeichnisses den Gläubigern, die eine Befriedigung aus den Gegenständen verlangen, Gelegenheit zu prüfen, ob sie dabei berücksichtigt sind. Es ist dem Verwalter deshalb nicht gestattet, solche Gläubiger außerhalb der Vertheilungen zu befriedigen, sie müssen stets im Verzeichniß aufgeführt sein. Sobald der Erlös der nur ihnen zu Gute kommenden Gegenstände zu ihrer Befriedigung nicht ausreicht, haben sie mit dem Betrage, der nicht getilgt wird, noch einmal unter den übrigen K.Gläubigern zu erscheinen.

11) **Ein Verzeichniß** wird deshalb gewöhnlich umstehende **Form** haben können.

12) **Der Verwalter hat** ferner „die Summe der Forderungen und den zur Vertheilung verfügbaren Massebestand **öffentlich bekannt zu machen**". Die Forderungen, deren Summe bekannt zu machen ist, sind die im § 151 unmittelbar vorher erwähnten bei der Vertheilung zu berücksichtigenden K.Forderungen, die der Verwalter zur Zeit als solche anerkennt und deshalb in sein Verzeichniß aufnimmt. Dies ergiebt schon der sprachliche Zusammenhang des Satzes. Ob Aenderungen später veranlaßt werden, hat der Verwalter

Digitized by Google

abzuwarten; er hat ohne solchen Anlaß nichts zu ändern, vgl. Anm. zu § 157, und muß seine Vermerke mithin so aufstellen, daß sie, wenn nicht gemäß §§ 152 ff. geändert, maßgebend bleiben können. Die „Summe der Forderungen" ist daher die Gesammtsumme aller dieser und auch (gegen Völderndorff zu d) nur dieser Forderungen. Der Verwalter hat zu erklären, welche Forderungen er zur Zeit als zu berücksichtigen anerkennt, und er verpflichtet sich durch deren Aufnahme, sie zu berücksichtigen, soweit nicht nach §§ 152 ff. eine Aenderung erfolgt. Die Summen der bevorrechtigten und der nicht bevorrechtigten sowie der besonders zu berücksichtigenden (vgl. II des Formulars) sind dem Zwecke entsprechend gesondert anzugeben; ebenso die Summen der zu gesonderter Befriedigung dienenden Massetheile.

Das Verhältniß dieses Massebestandes nach Abzug der Beträge der bevorrechtigten Forderungen zur Summe der nicht bevorrechtigten Forderungen ergiebt den Quotienten, der, wenn nicht geändert wird, die zu vertheilende Dividende darstellt. Die öffentliche Bekanntmachung muß nach § 76 erfolgen; von ihr ab (vgl. Anm. 6 § 152; Anm. 3 § 158) werden die Ausschlußfrist und die Einwendungsfrist berechnet. Sachgemäß hat also der Verwalter — er, und nicht das Gericht hat nach § 151 bekannt zu machen — die Bekanntmachung erst zu veranlassen, nachdem das Verzeichniß bei dem Gericht niedergelegt ist.

13) **Zur Ermittelung des** bekannt zu machenden verfügbaren **Massebestandes** ist natürlich vorher wenigstens ungefähr zu überschlagen, wieviel zur Deckung der Massesprüche, der Aus- und Absonderungsrechte nöthig, wieviel namentlich für Kosten zurückzubehalten ist, und nur der nach Abrechnung dieser Beträge erforderliche Rest ist als verfügbarer Massebestand bekannt zu geben.

14) **Die gesetzlichen Folgen der Bekanntmachung,** § 152 ff, treten von selbst ein, eine Androhung ist nicht erforderlich. CPO. §§. 230, 231. Es ist deshalb nicht nothwendig, außer den Summen der bevorrechtigten und nicht bevorrechtigten Forderungen und dem Massebestande noch weitere Belehrungen, Aufforderungen, Hinweisungen auf die

Zu 11) Verzeichniß der Forderungen im A.'schen Konkurse, die zur Abschlagsvertheilung zu berücksichtigen sind:

Laufende Nr.	Bezeichnung der Gläubiger.	Nr. der Tabelle.	Zu berücksichtigender Betrag: Mark.	Pf.
I.	Bevorrechtigte Gläubiger:	Abth. I.		
1.	Dr. H. hier § 61 Nr. 4.	Klasse 4.	100	—
2.	Geschwister S. zu Potsdam. § 61 Nr. 5.	Klasse 5.	1600	50
		Summa zu I:	1700	50
II.	Gläubiger, die sich aus der X.'schen Erbschaft befriedigen dürfen.	Abth. II.		
1.	Schneidermeister R. hier.	Nr. 7.	150	75
2.	Fräulein P. N. hier. u. s. w.	Nr. 9.	800	—
		Summa zu II:	3900	—
III.	Nicht bevorrechtigte:	Abth. III.		
1.	Kaufmann B. hier.	Nr. 1.	600	—
2.	Rentier S. hier.	Nr. 5.	400	—
3.	Schneidermeister R. hier.	Nr. 7.	75	35
4.	Fräulein P. N. hier. u. s. w.	Nr. 9. u. s. w.	400	—
		Summa zu III:	97 000	—

B. 1. Oktober 1904. Der Verwalter N. N.

Digitized by Google

Ausschlußfrist der §§ 152 ff. in die Bekanntmachung aufzunehmen. Sofern solche Zusätze sich nicht redaktionell durch die Bekanntmachung von selbst ergeben, sind sie schon deshalb zu vermeiden, weil die vorsichtigste Redaktion nicht alle denkbaren Fälle aufnehmen kann und nicht immer Inkonsequenzen und Mißverständnisse vermeidet. Eine Bekanntmachung, wie folgende, genügt: „Im A'schen Konkurse soll (mit Genehmigung des G.Ausschusses) eine Abschlagsvertheilung erfolgen. Dazu sind 20,000 Mk. verfügbar. Zu berücksichtigen sind 1700 Mk. bevorrechtigte und 97,000 Mk. nicht bevorrechtigte Forderungen. B. 1. Oktober 1904. Der Verwalter N. N."

Die Bekanntmachung des Verwalters, der die Genehmigung des Ausschusses nach § 150, falls ein solcher bestellt ist, vorausgehen muß, ist seine für ihn bindende Willenserklärung, daß er vertheilen will und wieweit er bei der Vertheilung Forderungen berücksichtigen will. Die Gläubiger erlangen dadurch dem Verwalter (und dem Ausschusse) gegenüber ein Recht auf die Vornahme der Vertheilung, das nur durch die §§ 159, 160 beschränkt ist. Der Verwalter oder der G.Ausschuß können die Vertheilung nicht mehr aussetzen.

§ 152. (140.)

Konkursgläubiger, deren Forderungen nicht festgestellt sind und für deren Forderungen ein mit der Vollstreckungsklausel versehener Schuldtitel, ein Endurtheil oder ein Vollstreckungsbefehl nicht vorliegt, haben bis zum Ablaufe einer Ausschlußfrist von zwei Wochen nach der öffentlichen Bekanntmachung dem Verwalter den Nachweis zu führen, daß und für welchen Betrag die Feststellungsklage erhoben oder das Verfahren in dem früher anhängigen Prozesse aufgenommen ist. Wird der Nachweis nicht rechtzeitig geführt, so werden die Forderungen bei der vorzunehmenden Vertheilung nicht berücksichtigt.

E. I. 152. 153. P. 421.

1. Voraussetzungen für die Berücksichtigung bei der Vertheilung.
2. Forderungen, die zu berücksichtigen sind.
3. I. Festgestellte Forderungen.
4. II. Forderungen mit besonderem Titel.
5. III. Streitige Forderungen ohne besonderen Titel. Nachweis.
6. Ausschlußfrist.
7. Form des Nachweises.
8. Inhalt des Nachweises.
9. Streitigkeit über die Berücksichtigung.
10. Ausschließung.

1) Voraussetzung für die Berücksichtigung von K.Forderungen **bei jeder Vertheilung** ist, daß die Forderung bereits geprüft ist. Wie nach § 149 überhaupt erst nach dem allgemeinen Prüfungstermine eine Vertheilung stattfinden soll, und alle Gläubiger nach §§ 12, 138 ff. nur nach Anmeldung und Prüfung irgend welche Berücksichtigung im Konkurse zu erwarten haben, soweit ihnen eine solche nicht (z. B. für ein Stimmrecht) ausnahmsweise schon vorher zu Theil wird, so weisen auch die im § 152 verlangten Erfordernisse der Feststellung oder Feststellungsklage darauf hin, daß eine Forderung stets geprüft sein muß, bevor sie berücksichtigt werden darf. Vgl. auch Mot. 375. Diese Voraussetzung ist daher auch für Forderungen festzuhalten, für die einer der erwähnten besonderen Titel vorliegt. A.M. Völderndorff zu a) per arg. e contr. aus § 152, was, wenn der Wortlaut derartig entschiede, folgerichtig zur Berücksichtigung auch der bisher noch nicht angemeldeten Forderungen führen würde. In deutlicher Weise erklärte der E. I. § 152, daß die gleiche Bestimmung die Forderungen betreffe, die „außer den unstreitigen" zu berücksichtigen seien. Gemäß der Vergleichung der Mot. zu E. I. 2, 111 mit Mot. 375 hat in dieser Beziehung nichts geändert werden sollen. Vgl. Petersen-Kleinfeller, Sarwey-Bossel, Stieglitz zu § 152, Endemann S. 547.

Außer dieser allgemeinen Voraussetzung bestimmt § 152 die zu berücksichtigenden Forderungen weiter dadurch, daß er (abgesehen von den aus §§ 153 ff. sich ergebenden Einwirkungen des Rechtes auf abgesonderte Befriedigung und der Abhängigkeit von einer Bedingung) negativ die Forderungen ausscheidet, die nicht zu berücksichtigen sind. Dies

Digitized by Google

sind alle streitigen Forderungen, wegen derer nicht innerhalb einer bestimmten Frist (Anm. 6) die Feststellungsklage erhoben oder aufgenommen, und Erhebung oder Aufnahme dem Verwalter nachgewiesen ist.

2) **Zu berücksichtigen** sind also:

I. die festgestellten Forderungen und zwar:

a) unbedingte auch als unbedingt antheilsberechtigt,

b) bedingte als sicherungsberechtigt festgestellte (Anm. zu § 67) und

c) solche, für die zugleich ein Recht auf abgesonderte Befriedigung geltend gemacht wird, als in Höhe des sich ergebenden Ausfalls festgestellte (Anm. zu § 64) unter den Besonderheiten der §§ 153 -156, 168 Nr. 2—4, 169;

II. von den streitig gebliebenen diejenigen, für die ein vollstreckbarer Schuldtitel, ein Vollstreckungsbefehl oder ein Endurtheil vorliegt (§ 146 Abs. 6), mit der Wirkung, daß die darauf fallenden Antheile in dem Falle, wenn in Folge des Widerspruchs bereits ein Prozeß darüber schwebt, nach § 168 Nr. 1 zurückbehalten werden (hat der Widersprechende keinen Prozeß deshalb gemäß § 146 Abs. 6 anhängig gemacht, so wird der Antheil an den Anmeldenden ausgezahlt);

III. andere streitig gebliebene Forderungen (außer den zu II bezeichneten) nur dann, wenn der anmeldende Gläubiger in Gemäßheit des § 152 die Feststellung durch Prozeß verfolgt und dies nachweist, mit der Wirkung, daß der Antheil nach Anhängigkeit des Prozesses über die Feststellung nach § 168 Nr. 1 zurückbehalten wird. Wenn mehrere Gläubiger dieselbe Forderung anmelden und sich streitig machen, ist der Betrag im Verzeichnisse des § 151 nur einfach zu berechnen, und zu Gunsten aller Betheiligten zurückzubehalten und, soweit ohne den Streit Zahlung erfolgen könnte, zu hinterlegen; vgl. Anm. 4 zu § 142.

3) I. Daß **festgestellte Forderungen** zu berücksichtigen sind, folgt aus der Judikatwirkung der Feststellung, § 145 Abs. 2, § 147. Sie sind auch dann aufzunehmen, wenn der Verwalter behauptet, daß sie anderweit getilgt seien, solange nicht durch Einverständniß des Gläubigers oder durch Urtheil in Folge einer Klage gemäß § 767 C.P.O. der Wegfall der Forderung festgestellt ist, **RG. 21**, 331; 28. Nov. 1893, JW. 1894 S. 16, 17. Die Berücksichtigung, also auch die Dividendenzahlung hat der Anmeldung und der Feststellung zu entsprechen, und daraus ergiebt sich namentlich auch, wie auf die einzelnen Theile einer angemeldeten Gesammtforderung die Dividenden anzurechnen sind. **RG.** 4. Okt. 1895, JW. 507. — Den besonderen Feststellungen der Absonderungsberechtigten und der Bedingtberechtigten, §§ 64, 66, 67, entsprechen die Besonderheiten der zur Berücksichtigung nach §§ 153 ff. nöthigen Nachweise.

4) II. Daß **Forderungen mit Titel** gleich den unstreitigen behandelt werden, obwohl sie bestritten sind, entspricht der Bestimmung des § 146 Nr. 6, wonach nicht der Gläubiger, sondern der Widersprechende den Widerspruch zu verfolgen hat. Ueber die Feststellung, ob ein Titel vorliegt, vgl. Anm. 15 zu § 146.

5) III. **Die streitigen Forderungen ohne Titel** bedürfen zur Berücksichtigung eines Nachweises. Der **Nachweis** ist „dem Verwalter" „rechtzeitig" bis zum Ablaufe der Ausschlußfrist zu führen. Eine Einreichung der Beweisstücke beim K.Gericht ist dafür bedeutungslos und ersetzt (gegen Völderndorff zu d Note 9) in keinem Falle den dem Verwalter zu führenden Nachweis; das Gericht soll hiermit nichts zu thun haben und steht gesetzlich für die zeitige Erfüllung der Bedingung des § 152 zum Verwalter nicht im Verhältnisse eines majus zum minus.

6) Der Nachweis muß vor Ablauf der im § 152 bestimmten **Ausschlußfrist** von zwei Wochen geführt werden. Diese Frist ist auch für die §§ 153—155, 160 und mit der Verlängerung um eine Woche für den § 158 maßgebend. Sie beginnt mit dem Zeitpunkte, mit dem nach § 76 die Bekanntmachung als bewirkt gilt, ist als gesetzliche Frist nach C.P.O. § 224 Abs. 2 nicht richterlich zu verlängern und nach C.P.O. § 222 zu berechnen. Die Gerichtsferien und damit auch C.P.O. § 223 haben auf die Fristen im K.Verfahren keinen Einfluß. G.V. § 204; Petersen-Kleinfeller Anm. 1. Abw. Endemann

Digitized by Google

S. 548; Böldendorff zu d. Von dem Einflusse einer Parteivereinbarung auf die Frist, entsprechend dem § 224 Abs. 2 C.P.O., kann nicht die Rede sein, da die K.O. für ihr Verfahren Aller unter Allen, abgesehen von den durch das K.Verfahren veranlaßten Spezialstreitigkeiten, keine sich gegenüberstehenden Parteien im Sinne des ordentlichen Civilprozesses kennt. Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist nach Versäumniß der Frist nicht zulässig, weil die Frist keine Nothfrist ist, C.P.O. § 233 Anm. 2 zu § 72. — Die Frist beträgt nach dem Gesetz über die Konsulargerichtsbarkeit vom 7. April 1900 § 47 Abs. 4 für die unter das Gesetz fallenden Konkurse einen und zwei Monate; dazu Schutzgebietgesetz v. 10. Sept. 1900 § 3.

7) **In welchen Formen,** ob schriftlich, mündlich und durch welche Beweismittel dem Verwalter der **Nachweis geführt wird,** ist zur Wahrung der Frist unerheblich. Es genügt, daß zur Ueberzeugung geeignete Mittel beigebracht sind. Zur Deckung seiner Verantwortlichkeit wird der Verwalter die Nachweismittel zu seinen Akten verlangen müssen. Zu den Gerichtsakten braucht der Nachweis nicht zu kommen. Ist der Verwalter selbst Partei, so ist ihm durch die an ihn selbst erfolgte Zustellung bewiesen, vgl. Anm. 8. Ist dem Verwalter der Nachweis geführt, so hat der Gläubiger ein durch Einwendung gemäß §§ 158, 162 zu verfolgendes Recht auf entsprechende Berücksichtigung und unterliegt es, falls der Verwalter bestreitet, in diesem Verfahren der richterlichen Beweiswürdigung, ob der Nachweis geführt ist. Ebenso in den Fällen der §§ 152, 153 Abs. 2, § 154 Abs. 2. Eine rechtliche Verpflichtung, dem Gläubiger anzuzeigen, daß der Nachweis vom Verwalter nicht für geführt erachtet ist, hat der Verwalter nicht. Der Gläubiger mag sich erkundigen, ob gemäß § 157 das Verzeichniß berichtigt ist. Eine Bescheinigung des Empfanges der Anzeige und der Zeit des Empfanges zu ertheilen, wird der Verwalter nicht ablehnen können.

8) **Inhalt des Nachweises.** Die Erhebung der Feststellungsklage muß nach C.P.O. § 253 dahin nachgewiesen werden, daß dem zu Beklagenden die Klage zugestellt ist; die Aufnahme eines schon anhängigen Prozesses (§ 146 Abs. 3) durch den Nachweis der Zustellung des Aufnahme-Schriftsatzes nach C.P.O. § 250. Vgl. auch § 155. Haben Mehrere der Forderung widersprochen, so muß die Feststellungsklage oder die Aufnahme des Verfahrens gegen alle Widersprechenden gerichtet sein, da nothwendig ein solches Verfahren vorausgesetzt werden muß, das zur Feststellung der Forderung führen kann, und hierzu die Beseitigung aller Widersprüche erforderlich ist. Die Worte des § 168 Z. 1 „Forderungen, welche in Folge eines bei der Prüfung erhobenen Widerspruchs im Prozesse befangen sind" passen allerdings auch auf den Fall, daß der Prozeß nur gegen einen Widersprechenden anhängig ist. Aber § 155 spricht nur von der Zurückbehaltung des zugetheilten Betrages; über die Zutheilung entscheidet nicht § 155, sondern § 152. Deshalb kann die in den früheren Auflagen vertretene abweichende Meinung nicht aufrecht erhalten werden. Vgl. Hullmann Anm. 5; Oetker I 512; Jäger Anm. 5; Petersen-Kleinfeller Anm. 5; A.M. Stieglitz zu § 152; Sarwey-Bossert Anm. 6.

9) **Besteht Streit darüber,** ob mit Recht in Gemäßheit der §§ 152—156 Beträge zur Berücksichtigung vermerkt sind oder vermerkt werden müßten, so ist mit urtheilsmäßiger Wirkung vom Konkursgerichte in dem Verfahren nach den §§ 158, 168 zu entscheiden. Das abschließende Ergebniß des Verfahrens über die Vertheilungsanmeldung (abgesehen von dem Vollzuge, der Ausführung der Vertheilung) geht dahin: die zur Vertheilung überwiesenen Beträge bleiben „vor jedem späteren Angriffe und die berücksichtigten K.Gläubiger vor jeder Rückforderung gesichert, gleichviel von wem dieselbe ausgeht und unter welchem Rechtstitel sie auftritt". Mot. 376. Vgl. §§ 172, 155. Unberührt bleibt hierbei die Befugniß eines K.Gläubigers, sein Recht, daß gemäß den §§ 151—154 zu berücksichtigen war, namentlich weil er die in den §§ 152—154 erforderten Nachweise geführt habe, noch bei einer späteren Vertheilung, namentlich bei der Schlußvertheilung zu verfolgen. Vgl. Anm. 6 § 158; Anm. 7 zu § 162. Der Verwalter hat bei persönlicher Verantwortung vorsichtig zu prüfen, ob er einen versuchten Nachweis als nicht geführt zurückweisen kann. — Die Betheiligung anderer Gläubiger bei einem Verfahren über die

Digitized by Google

Zulassung in den Fällen der §§ 152—154 ist durch die §§ 157, 158 ermöglicht. In dem nach §§ 158 Abs. 2, 162 Abs. 2 vorgesehenen Verfahren können sie dem Verwalter, der die Zulassung ablehnt und den Nachweis nicht als geführt anerkennt, als Nebenintervenient beitreten, oder sie können selbst eine Zulassung bestreiten.

10) Während durch die Versäumung der Anmeldefrist oder des allgemeinen Prüfungstermines die später sich meldenden Gläubiger von einer sachlichen Berücksichtigung im Konkurse noch nicht ausgeschlossen werden, hat die im § 152 bezeichnete „Ausschlußfrist" für die praktische Betheiligung in der That die Bedeutung „**einer thatsächlichen und relativen Ausschließung**" (Mot. 376) dergestalt, daß ein Gläubiger, der bis zum Ablaufe dieser Frist für seine Forderung nicht soweit gesorgt hat, daß er nach erfolgter Anmeldung und Prüfung entweder auf einen besonderen Titel, § 146 Abs. 6, oder auf eine Feststellung sich beziehen kann oder den Feststellungsprozeß in Gang gebracht hat, bei der bevorstehenden Vertheilung nicht betheiligt wird; und später nur insoweit, als dann noch Masse vorhanden ist. Die anderen Gläubiger haben ein Recht auf diese thatsächliche, ipso facto oder vielmehr non facto wirkende Ausschließung, und aus dieser Ausschließung, auch ohne daß vorher eine Entscheidung, Urtheil oder Beschluß wegen ihres Eintritts zu ergehen braucht. C.P.O. §§ 230, 231. Sie betrifft stets nur die vorzunehmende Vertheilung, kann nach § 155 beim Vorhandensein entsprechender Masse getheilt werden und wirkt als endgültige Ausschließung nur, wenn die Ausschlußfrist der Schlußvertheilung versäumt wird.

§ 153. (141.)

Gläubiger, von welchen abgesonderte Befriedigung beansprucht wird, haben bis zum Ablaufe der Ausschlußfrist dem Verwalter den Nachweis ihres Verzichts oder ihres Ausfalls nach Maßgabe des § 64 zu führen. Wird der Nachweis nicht rechtzeitig geführt, so werden die Forderungen bei der vorzunehmenden Vertheilung nicht berücksichtigt.

Zur Berücksichtigung bei einer Abschlagsvertheilung genügt es, wenn bis zum Ablaufe der Ausschlußfrist dem Verwalter der Nachweis, daß die Veräußerung des zur abgesonderten Befriedigung dienenden Gegenstandes betrieben ist, geführt und der Betrag des muthmaßlichen Ausfalls glaubhaft gemacht wird.

E. I. 66. 153. P. 39. 185. 247. 248.

1. Berücksichtigung der absonderungsberechtigten Gläubiger.
2. Bei der Schlußvertheilung.
3. Bei Abschlagsvertheilungen.
4. Verzicht oder Ausfall.
5. Betreibung der Veräußerung.
6. Glaubhaftmachung des Ausfalls.
7. Bevorrechtigte Gläubiger der Pfandbriefbanken und Lebensversicherungsanstalten.
8. Sonstige bevorzugte Gläubiger.

1) Für die Frage der **Berücksichtigung absonderungsberechtigter** Gläubiger bei den Vertheilungen sind die §§ 153, 155, 156, 168 Nr. 3 zu verbinden. Davon betrifft § 153 Abs. 1 jede (Abschlags- oder Schluß-) Vertheilung, mit der Einschränkung, die der zweite Satz des Abs. 1 für die Abschlagsvertheilung durch den Abs. 2 erleidet. Die §§ 153 Abs. 2, 155, 168 Nr. 3 betreffen die Abschlagsvertheilungen und der § 156 das Verhältniß einer Abschlagsvertheilung zur Schlußvertheilung.

Die für die Berücksichtigung aller K.Forderungen im § 152 gegebenen Vorschriften sind auch für die zugleich absonderungsberechtigten Forderungen anwendbar; und außerdem treten noch die in den vorerwähnten Paragraphen bestimmten Erfordernisse hinzu. Die Forderungen müssen also, um berücksichtigt zu werden, gemäß der allgemeinen Regel (Anm. 1 zu § 152) angemeldet und geprüft, und entweder in Höhe des sich ergebenden Ausfalls festgestellt oder entsprechend dem § 146 Abs. 6 titulirt sein, oder, wenn weder festgestellt noch titulirt, gemäß §§ 152, 168 Nr. 1 durch den Nachweis der Prozeßanhängigkeit mit Rücksicht auf den Widerspruch sich die für alle streitigen Forderungen nöthige

Digitized by Google

Berücksichtigungsfähigkeit gesichert haben. Außerdem sind für die Absonderungsforderungen mit Rücksicht auf die Eigenschaft als Ausfallsforderung im § 153 Erfordernisse aufgestellt, und zwar verschiedene, a. für die Berücksichtigung bei einer Abschlagsvertheilung mindestens die in Abs. 2 angegebenen, b. für die Berücksichtigung bei der Schlußvertheilung die Erfordernisse des Abs. 1. Für Abschlagsvertheilungen genügt der Nachweis, daß die Veräußerung des Absonderungsgegenstandes betrieben wird, und die Glaubhaftmachung des muthmaßlichen Ausfalls; ist diesen Erfordernissen entsprochen, so sind die Antheile zu berechnen, aber zurückzubehalten, § 168 Nr. 3. Für die Schlußvertheilung ist zur Berücksichtigung (ohne Zurückhaltung) unbedingter Verzicht des Gläubigers auf abgesonderte Befriedigung oder Nachweis des Ausfalls nöthig, § 153 Abs. 1; von diesen Nachweisen, die innerhalb derselben für die Schlußvertheilung bestehenden Ausschlußfrist geführt werden müssen, hängt es auch ab, ob die bei früheren Abschlagszahlungen nach § 153 Abs. 2 zurückbehaltenen Beträge an den Gläubiger bei Schlußvertheilung gezahlt werden oder ob sie ihm niemals gezahlt werden und in die Masse zurückfallen, § 156.

2) Für die Berücksichtigung **bei der Schlußvertheilung** ist nothwendig, daß der Gläubiger den Nachweis des Ausfalls oder Verzichts (Anm. 4) innerhalb der Ausschlußfrist (für die das in Anm. 6 zu § 140 Gesagte gilt) dem Verwalter gegenüber (Anm. 6) führt.

3) **Für Abschlagsvertheilungen** gestattet Abs. 2 geringere Erfordernisse, um eine vorläufige kautionsartige Berücksichtigung zu ermöglichen. Wird das Betreiben der Veräußerung des Absonderungsgegenstandes nachgewiesen (vgl. Anm. 5), so ist der muthmaßliche Ausfallsbetrag der Forderung (vgl. Anm. 6) als K.Forderung bei der Abschlagsvertheilung unter die vertheilungsberechtigten Forderungen aufzunehmen. Der Antheil dafür ist aber nach § 168 Nr. 3 zurückzubehalten und an den Gläubiger erst dann zu zahlen, wenn und soweit er den Ausfall oder seinen Verzicht nach § 153 Abs. 1 nachweist. Thut er dies bis zur Schlußvertheilung nicht, so ist bei dieser nach § 156 zu Gunsten der Vertheilung unter die anderen K.Gläubiger über den zurückbehaltenen Antheil zu verfügen, und der Absonderungsberechtigte verliert dann sein Recht nicht nur auf vorläufige Berücksichtigung, sondern auf Berücksichtigung überhaupt einschließlich des Empfanges des früher Zurückbehaltenen.

4) **Verzicht oder Ausfall.** Führt der Gläubiger rechtzeitig, d. h. innerhalb der Ausschlußfrist den Nachweis, daß und mit welchem Betrage er bei der abgesonderten Befriedigung ausgefallen ist oder daß und zu welchem Betrage er auf abgesonderte Befriedigung verzichtet, so ist für ihn dieser Betrag bei der Vertheilung als K.Forderung zu berücksichtigen, und die darauf fallende Dividende ist ihm auszuzahlen. Dies gilt sowohl für die Schluß- als für jede Abschlagsvertheilung.

Der Verzicht muß dazu, dem § 64 entsprechend, eine unbedingte rechtsverbindliche Erklärung des zur Verfügung berechtigten Gläubigers oder seines mit Ausweis versehenen Vertreters sein, wodurch der Gläubiger sein Recht auf abgesonderte Befriedigung vorbehaltlos aufgiebt, und zwar eine dem Verwalter gegenüber abgegebene Erklärung. In der Regel wird daher der Verzicht mit dem dem Verwalter zu führenden Nachweise des Verzichts zusammenfallen. Was zu einem rechtsverbindlichen wirksamen Verzichte nöthig, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu beurtheilen. Soweit dazu z. B. für die Beseitigung eines Hypothekenrechts im Grundbuche besondere Formen (Beglaubigungen) nöthig sind, müssen auch diese erfüllt sein. Die zur Vertretung im K.Verfahren aufgestellte Vollmacht reicht zum wirksamen Verzichte nicht aus. Hierfür kann auch insbesondere nicht § 81 C.P.O. entsprechend zur Geltung gebracht werden. Die in diesem § 81 erwähnte „Verzichtleistung auf den Streitgegenstand" betrifft nur den vom Verfahren betroffenen „Streitgegenstand", also für das K.Verfahren entsprechend die angemeldete Konkursforderung, nicht aber das nach § 4 K.O. außerhalb des K.Verfahrens fallende Recht auf abgesonderte Befriedigung. Die Legitimation eines verzichtenden Vertreters muß also eine derartige sein, wie sie für die Beseitigung des Absonderungsrechtes außerhalb des K.Verfahrens nach der besonderen Sachlage nöthig ist. Vgl. auch Anm. 6 § 64. Wegen der Wirkung nach dem Konkurse vgl. Anm. 6, 7 § 64.

Digitized by Google

Der Ausfall muß nachgewiesen sein. Ein unbedingter Nachweis ist namentlich für Hypotheken und Grundschulden erst durch die Vertheilungsverhandlung im Zwangsversteigerungsverfahren zu führen. Indeß wird der Gläubiger schon früher, sobald er den Zuschlagspreis kennt, seinen Ausfall und dessen Höhe berechnen und demgemäß durch Verzicht seine Beteiligung an der K.Masse herbeiführen können, zumal alle nicht aus dem Grundbuche ersichtlichen Rechte schon im Versteigerungstermin angemeldet werden müssen, Zw.V.G. § 37.

5) Was als **Betreiben der Veräußerung** anzusehen ist, ist nicht unstreitig. Das Gesetz sagt nicht ausdrücklich, daß der anmeldende Gläubiger die Veräußerung betreiben muß. Doch kann regelmäßig nur das eigene Betreiben den Gläubiger zur Theilnahme berechtigen, da das Betreiben eines anderen Berechtigten (des Verwalters, eines anderen absonderungsberechtigten K.Gläubigers oder eines nur dinglich Berechtigten) jeder Zeit fortfallen kann. Nur das Betreiben des Verwalters muß jedem Gläubiger zu statten kommen und braucht dem Verwalter nicht erst nachgewiesen zu werden, sofern es überhaupt einen Ausfall der Forderung des Aussonderungsberechtigten zur Folge haben kann; bei der Zwangsversteigerung von Grundstücken tritt diese Folge als Wirkung des Betreibens des Verwalters nach den Grundsätzen über das geringste Gebot nicht ein. Ist das Betreiben bis zur Veräußerung fortgeschritten und nur noch fraglich, ob und welchen Ausfall der Gläubiger erleidet, so ist das Betreiben vollständig erledigt. Die Richtigkeit dieser Ansicht zeigt sich bei Prüfung der Frage, ob die Erhebung der Klage auf Befriedigung aus dem Pfande als Betrieb der Veräußerung angesehen werden kann. Die Beantwortung dieser Frage wird getrübt, wenn man davon ausgeht, daß der Betrieb irgend eines Berechtigten jedem Gläubiger zu statten kommen soll; denn die Erhebung der Klage mag man nicht jedem zu statten kommen lassen. Für den, der die Klage erhebt, ist sie aber in der That der Anfang des Betriebes der Veräußerung. Es wäre eine durch nichts zu rechtfertigende Beschränkung des Absonderungsberechtigten in den durch § 153 gewährten Rechten, wenn es anders sein sollte. Die hierbei aufgeworfene Frage, ob ein Betreiben des Verwalters schon dann vorliegt, wenn er gemäß § 127 Abs. 2 dem Gläubiger eine Frist zur Verwerthung bestimmen läßt, ist dagegen zu verneinen. Die abweichenden Ausführungen der früheren Auflagen können nicht aufrecht erhalten werden. Vgl. Sarwey-Bossert Anm. 6; Stieglitz Anm. III; Fitting § 40 Anm. 8; Petersen-Kleinfeller Anm. 9; Völderndorff zu f; Wolff Abs.R. S. 208; Jäger Anm. 5.

Die betagten und bedingten Hypotheken- oder Mobiliarpfand-Forderungen oder sonstigen Absonderungsansprüche werden für die abgesonderte Befriedigung nicht durch den Konkurs fällig. Anm. 2 § 65. Sofern deshalb die Veräußerung zu betreiben nicht möglich ist, kann natürlich auch der Nachweis gemäß Abs. 2 nicht geführt werden und der Gläubiger eine Betheiligung nicht erwirken.

6) Zur Erreichung der Berücksichtigung gemäß Abs. 2 ist außer dem Nachweise des Betreibens **das Glaubhaftmachen des Ausfalls** nöthig. Beides muß dem Verwalter gegenüber geschehen unbeschadet der Befugniß des Gläubigers, sein Recht, falls er dem Abs. 2 genügt hat, im Wege des Einwandes oder der Beschwerde nach §§ 158, 162 geltend zu machen und dabei der Würdigung des Gerichts zu unterbreiten, daß er seinen Ausfall glaubhaft gemacht hat. Wolff S. 212. Ueber das „Glaubhaftmachen" s. Anm. 2 § 105.

7) **Im Konkurse der Hypothekenbanken und der Lebensversicherungsanstalten** sowie gewisser Kranken- und Unfallversicherungsunternehmungen sind die K.Gläubiger, soweit sie Inhaber von Pfandbriefen oder Versicherte sind, durch entsprechende Anwendung der §§ 64, 153, 155, 156 und des § 168 Nr. 3, den Absonderungsberechtigten gleichgestellt, soweit ihr Anspruch auf Befriedigung aus dem allen K.Gläubigern dienenden, nicht ihrer bevorzugten Befriedigung unterworfenen Vermögen der in Konkurs gerathenen Anstalt geht. Hypothekenbankengesetz § 35 Abs. 2, Gesetz über die privaten Versicherungsuntern. § 61 Abs. 3, §§ 63, 12. Sie können sich, wenn sie das ihnen zugebilligte Vorrecht beanspruchen, an der Masse als Konkursgläubiger nach § 61 N. 6 nur noch mit dem Ausfall betheiligen, den sie bei der bevorrechtigten Befriedigung erlitten haben. Vgl. Vorbem. 3, 4

Digitized by Google

vor § 61. Es findet deshalb das oben in Anm. 1 Gesagte auch auf sie Anwendung. Da aber ihre Befriedigung aus den ihrem Vorrecht unterliegenden Gegenständen nicht wie bei dem Absonderungsrechte außerhalb des Konkurses, sondern im Konkurse erfolgt und der Konkursverwalter allein die Verwerthung der Gegenstände zu betreiben hat, so kann der Konkurs vor der Verwerthung der Gegenstände und der daraus sich ergebenden Feststellung des Ausfalles überhaupt nicht beendet werden. Daraus ergiebt sich eine etwas veränderte Anwendung des § 153 Abs. 1. Den Ausfall hat der K.Verwalter festzustellen. Ferner ergiebt sich daraus, daß bei Abschlagsvertheilungen (§ 153 Abs. 2) das nur dem Verwalter obliegende Betreiben der Veräußerung nicht Voraussetzung für die Theilnahme an der Vertheilung sein kann, und nur die Glaubhaftmachung des Ausfalls als Voraussetzung bestehen bleibt.

Für die den Landesgesetzen vorbehaltene ähnliche Bevorrechtigung gewisser Schuldverschreibungen (E.G. § 17 N. 2 u. 3) fehlt es an reichsgesetzlichen Vorschriften gleicher Art.

8) **Gewisse Gläubiger, die,** ohne ein gesetzlich normirtes Konkursvorrecht zu haben, **mit Ausschluß der anderen K.Gläubiger allein Befriedigung aus gewissen Gegenständen der K.Masse erheben können,** vgl. Anm. 4—6 zu § 151, stehen den in Anm. 7 bezeichneten Gläubigern in Bezug auf ihre Befriedigung aus der gemeinschaftlichen K.Masse thatsächlich gleich. Auch sie dürfen an ihr nur mit dem Ausfall theilnehmen und sie haben ihre Befriedigung ebenfalls nicht selbstständig zu betreiben, sondern vom K.Verwalter zu erwarten. Auch für sie muß deshalb das in Anm. 7 Gesagte gelten.

§ 154. (142.)

Forderungen unter aufschiebender Bedingung werden bei einer Abschlagsvertheilung zu dem Betrage berücksichtigt, welcher auf die unbedingte Forderung fallen würde.

Bei der Schlußvertheilung ist die Berücksichtigung ausgeschlossen, wenn die Möglichkeit des Eintritts der Bedingung eine so entfernte ist, daß die bedingte Forderung einen gegenwärtigen Vermögenswerth nicht hat.

E. I. 69. 162. P. 86. 250. Nr. 1. K.O.N.

1. Bedingte Forderungen.
2. Abschlagsvertheilung.
3. Schlußvertheilung.

1) Bei **bedingten Forderungen** ist zunächst zwischen solchen zu unterscheiden, die von einer auflösenden, und solchen, die von einer aufschiebenden Bedingung abhängig sind.

Forderungen unter auflösender Bedingung werden auch bei der Vertheilung, gemäß dem Grundsatze des § 66 wie unbedingte im Sinne der §§ 151, 152 „berücksichtigt"; es gelten dafür die allgemeinen Grundsätze. Eine Ausnahme in der Berücksichtigung bei Aufstellung des Vertheilungsverzeichnisses ist deshalb nicht gemacht, sondern nur die im § 168 Nr. 4 bestimmte für die Zurückbehaltung.

In Betreff der Vertheilungsbetheiligung der unter aufschiebender Bedingung Berechtigten (§ 152) gelten zunächst, wie für die Ausfallsforderungen des § 153, die allgemeinen Grundsätze über die Berücksichtigung bei der Vertheilung. Für die streitig gebliebenen kommt also § 152 neben den Vorschriften des § 154 zur Anwendung. Sodann aber sind für sie besonders die §§ 154, 156, 168 Nr. 2, 169, 67 maßgebend. Danach ist zu unterscheiden ihre Behandlung bei Abschlagsvertheilungen und bei der Schlußvertheilung.

2) Abs. 1. **Abschlagsvertheilungen.** Für die Berücksichtigung, d. h. die Berechnung der Antheile ist die aufschiebende Bedingung bei Abschlagsvertheilungen nicht zu beachten. Die Forderung ist, soweit sie als „sicherungsberechtigt" gemäß § 67 festgestellt oder, wenn streitig, gemäß § 152 verfolgt wird, als vertheilungsberechtigte Forderung zur Berechnung zu ziehen. Der darauf fallende Antheil ist aber nach § 168 Nr. 2 zurück-

Digitized by Google

behalten, und an den Gläubiger nur zu zahlen, wenn und soweit er den Eintritt der Bedingung nachweist, §§ 156, 154 Abs. 2.

3) Abs. 2. **Schlußvertheilung.** Auch für die Schlußvertheilung gilt im Allgemeinen, daß die aufschiebend bedingten Forderungen berücksichtigt werden. Während aber für die Berücksichtigung bei der Abschlagsvertheilung die Möglichkeit des Eintritts der Bedingung nicht ins Auge gefaßt zu werden braucht, sollen bei der Schlußvertheilung Forderungen, die infolge der Ungewißheit des Eintritts der Bedingung keinen gegenwärtigen, das heißt zur Zeit der Vornahme der Schlußvertheilung keinen Vermögenswerth haben, nicht mehr berücksichtigt werden. Die auf sie entfallenden Antheile und ebenso die bei Abschlagsvertheilungen entfallenen werden also nicht mehr zurückbehalten, sondern fallen in die Masse zur Vertheilung an die anderen Gläubiger zurück (§ 156). Der Streit über die Bewerthung der bedingten Forderung wird im Einwands- und Beschwerdeverfahren gemäß § 158 Abs. 2, § 162 vom K.Gericht entschieden.

Nach den Bestimmungen des § 142 alter Fassung fand bei der Schlußvertheilung eine Berücksichtigung aufschiebend bedingter Forderungen nur statt, sofern entweder bis zum Ablaufe der Ausschlußfrist der Eintritt der Bedingung nachgewiesen werden konnte, oder soweit der G.Schuldner zu einer Sicherheitsleistung verpflichtet gewesen wäre. Dies hätte nach Inkrafttreten des neuen Rechts im zweiten Falle zu einer Nichtberücksichtigung sämmtlicher aufschiebend bedingter Forderungen geführt, weil sie nach B.G.B., ohne Unterschied, ob ihnen eine Verfügung von Todes wegen oder unter Lebenden zu Grunde liegt, als solche den Gläubigern keinen Anspruch auf Sicherheitsleistung gewähren. Man hat deshalb aus Billigkeitsrücksichten die Berücksichtigung der aufschiebend bedingten Forderungen zur Regel gemacht und nur die aussichtslosen ausgeschlossen. Begr. zur K.O.N. S. 43.

§ 155. (143.)

Gläubiger, welche bei einer Abschlagsvertheilung nicht berücksichtigt worden sind, können nachträglich, sobald sie die Vorschriften der §§ 152, 153 erfüllt haben, die bisher festgesetzten Prozentsätze aus der Restmasse verlangen, soweit diese reicht und nicht in Folge des Ablaufs einer Ausschlußfrist für eine neue Vertheilung zu verwenden ist.

E. I. 155. P. 254. 255.

1. Nachzahlung von Abschlagsdividenden an Nachzügler.
2. Recht des Nachzüglers.
3. Geltendmachung des Rechtes.
4. Beschränkung auf die Restmasse.
5. Umfang der Restmasse.
6. Beschränkung durch neue Vertheilung.
7. Zeit der Nachtragsvertheilung.

1) **Nachzahlung von Abschlagsdividenden an Nachzügler.** Im § 155 ist die Betheiligung derjenigen K.Gläubiger geregelt, die bei einer Abschlagsvertheilung nicht berücksichtigt sind, weil ihre Forderungen noch nicht angemeldet oder noch nicht geprüft waren, oder die in den §§ 152, 153 verlangten Nachweise bis zum Ablaufe der Ausschlußfrist nicht geführt sind. Solche Gläubiger können den bei der Abschlagsvertheilung berücksichtigten Gläubigern ihre Antheile nicht entziehen, sondern haben nur das im § 155 bewilligte Recht. Abw. P. §§ 254, 255.

2) **Das Recht solcher Nachzügler** geht dahin, daß die für die K.Gläubiger festgesetzten Prozentsätze der K.Forderungen (§ 159) ihnen für ihre Forderungen aus der übrigen Masse vorweg gezahlt werden, soweit dazu Masse vorhanden ist (Anm. 4, 5), das Recht von ihnen geltend gemacht wird (Anm. 3) und nicht bereits wieder behufs einer neuen Vertheilung ausgeschlossen ist (Anm. 6). Ob die frühere Versäumung der Vorschriften behufs ihrer Berücksichtigung eine verschuldete oder unverschuldete war, oder ob nur eine oder mehrere Abschlagsvertheilungen versäumt wurden, begründet keinen Unterschied; a.M. Seuffert 351 5c. Voraussetzung ist jedoch, daß der Nachzügler die Vorschriften der §§ 152, 153 erfüllt hat, da § 154 Abs. 1 eine besondere Erfüllung daneben nicht erheischt. Daß die nach §§ 152, 153 erforderlichen Nachweise in einer neuen Ausschlußfrist beigebracht

Digitized by Google

werden müßten, ist offenbar nicht beabsichtigt, sondern nur, daß dieselben sachlichen „Bedingungen der Berücksichtigung", wie sie §§ 152, 153 bestimmen, vorliegen, vgl. Mot. 378. Wörtlich könnten die Vorschriften der §§ 152, 153 nur in der bereits vergangenen Ausschlußfrist erfüllt sein, was nachher unmöglich ist; durch die Zeitbestimmung für das Recht: „sobald sie die Vorschriften der §§ 152, 153 erfüllt haben", ist diese Zeit an Stelle der, bereits der Vergangenheit anheimgefallenen, Fristbestimmung der §§ 152, 153 gesetzt. Auch die zur Zeit der früheren Vertheilung noch nicht angemeldeten oder noch nicht geprüften Forderungen können nach erfolgter Prüfung und Führung der Nachweise der §§ 152, 153 die Berücksichtigung gemäß § 155 verlangen.

Für bevorrechtigte Forderungen sind natürlich die Prozentsätze zu zahlen, die für sie nach ihrem Vorrechte festgesetzt sind oder aus der früheren Festsetzung mit Rücksicht auf das Vorrecht sich ergeben. War also für die nachstehenden Forderungen irgend ein Antheil festgesetzt, so erhalten die Bevorrechtigten den vollen Betrag von 100 Prozent aus der Restmasse vor einer ferneren Berücksichtigung Anderer.

3) Die Berechtigten müssen die nachträgliche Zuweisung **verlangen**. Von Amtswegen ist ihnen nichts zuzuweisen. Mot. 378. Das Verlangen ist durch die Anmeldung noch nicht ausgedrückt. Es ist an den Verwalter als den zur Verfügung über die Restmasse Berechtigten zu stellen.

4) Das Recht des Nachzüglers ist **auf die Restmasse beschränkt**. Daß die Restmasse reicht, ist Voraussetzung für das Recht auf Nachzahlung. Ist unbedingt hinreichende Masse vorhanden, so kann und soll der Verwalter sofort zahlen oder durch Zurückbehaltung berücksichtigen; das folgt aus dem Rechte der Gläubiger: sie können die Sätze „verlangen", wenngleich freilich nicht durch Klage gegen den Verwalter als solchen im Prozeßwege, vgl. §§ 12, 14, RG. 27. Febr. 1890, RassR. 34, 1201. A.M. Oetker 1, 516, der eine Klage für zulässig hält. Ist es zweifelhaft, ob und wieweit die Masse reicht, und ist namentlich zu fürchten, daß die Masse durch die Nachdividende des § 155 erschöpft oder für Massegläubiger (§ 172) in Anspruch genommen wird, so ist der Verwalter zu einer sofortigen Zahlung und Berücksichtigung nicht verpflichtet und kann die Nachzahlung bis zur nächsten Vertheilung verschieben. Er kann, wenn er zahlen will, sachgemäß die Zulänglichkeit der Masse nur unter Bekanntmachung nach § 151 feststellen; eine sofortige solche Feststellung, ob die Masse reicht, kann der Nachzügler nicht verlangen. Für den Nachweis der Voraussetzung seines Rechts auf Nachdividende kann er nicht Experimente des anderen Theils als sein Recht beanspruchen. Hullmann Anm. 4, Petersen-Kleinfeller Anm. 3, Sarwey-Bossert Anm. 2, Völderndorff zu f. Wird eine Bekanntmachung erlassen und eine Vertheilung bestimmt, so sind die Kosten dafür nach § 58 Nr. 1, 2 stets Massekosten.

5) **Umfang der Restmasse.** Reicht für mehrere nachträgliche Anträge die Restmasse nicht aus, so ist sie pro rata nach der gesetzlichen Rangordnung zu vertheilen. Mot. 378. Eine Priorität verschiedener Nachzügler unter einander nach der Zeitfolge ihres Verlangens ist durch § 155 (gegen Hullmann Anm. 4) nicht begründet; maßgebend ist nicht, wieweit die Restmasse zur Zeit des Verlangens reicht, sondern wieweit sie zur Zeit der entsprechenden Befriedigung des Verlangens reicht. Die Zeit des Verlangens bildet kein Ausschließungsmoment für die Beurtheilung der Frage, ob die Masse reicht; vgl. § 172.

Bei der Beurtheilung, wie weit die Restmasse reicht, sind für sie die aus früheren Vertheilungen etwa freiwerdenden oder zurückfließenden Beträge (§ 156, 166) mit zu berechnen. Zugleich ist zu berücksichtigen, daß die noch etwa vorhandenen Masseansprüche nicht verkürzt werden. Vgl. Anm. 3 § 172. Zur Vermeidung von Regressen würde die Auszahlung in Form einer ferneren Vertheilung nach § 151 zu ordnen sein, und auch nicht bloß, wie die Mot. 378 meinen, „nach Analogie des § 151 eine Bekanntmachung vorhergehen zu lassen"; denn behufs der Präklusion für den § 172 ist eine bloß analoge oder theilweise Anwendung der Vorschriften nicht genügend. Kohler S. 581. Abw. gegen die Anwendung des § 151 überhaupt Meisner S. 321.

6) Das Recht der Nachzügler ist ferner durch **eine neue Vertheilung beschränkt**. Ist

Digitized by Google

eine neue Vertheilung beabsichtigt und für diese die Ausschlußfrist schon abgelaufen, so sind alle dabei zu berücksichtigenden K.Gläubiger berechtigt, deren Vollziehung zu fordern. Auf die hierzu nöthige Masse kann dann nicht mehr ein Nachtragsanspruch aus § 155 geltend gemacht werden.

7) Die nöthige **Nachzahlung ist** aus diesem Grunde **spätestens bei einer neuen Vertheilung zu berücksichtigen.** Die Vornahme einer neuen Vertheilung seitens des Verwalters ohne Berücksichtigung des § 155 macht den Verwalter den Gläubigern des § 155 persönlich nach § 82 verantwortlich; sie können auch von den K.Gläubigern, die darnach gegen die Vorschrift der K.O. zu viel erhalten, die entsprechenden Beträge wegen ungerechtfertigter Bereicherung zurückfordern, sofern ein solcher Anspruch nach dem bürgerlichen Rechte begründet ist. Vgl. Anm. 7 § 162.

§ 156. (144.)

Die Antheile, mit welchen Gläubiger bei Abschlagszahlungen nach Maßgabe des § 153 Abs. 2 oder des § 154 Abs. 1 berücksichtigt worden sind, werden für die Schlußvertheilung frei, wenn bei dieser die Voraussetzungen des § 153 Abs. 1 nicht erfüllt sind, oder nach Maßgabe des § 154 Abs. 2 die Berücksichtigung der bedingten Forderung ausgeschlossen ist.

E. I. 153. 162. K.O.N.

Die Erläuterungen der Vorschrift des § 156 und ihr Einfluß auf die Schlußvertheilung bei Ausfallsforderungen von Absonderungsberechtigten und bei aufschiebend bedingten Forderungen sind in Anm. 3 zu § 153 und Anm. 1, 3 zu § 154 bemerkt.

§ 157. (145.)

Binnen drei Tagen nach dem Ablaufe der Ausschlußfrist hat der Verwalter die auf Grund der vorstehenden Bestimmungen erforderlichen Aenderungen des Verzeichnisses zu bewirken.

E. I. 157. 158. P. 242 ff.

Der Verwalter hat das nach § 151 bei der Gerichtsschreiberei niedergelegte Verzeichniß zu ändern oder ein abgeändertes Verzeichniß bei der Gerichtsschreiberei niederzulegen. Die Frist von drei Tagen ist bemessen, damit auch gegen das abgeänderte Verzeichniß gemäß § 158 noch zeitig Einwendungen erhoben werden können. Mot. 378, 379.

Der Verwalter kann im Verzeichnisse **nur** die auf Grund der vorstehenden Bestimmungen, d. h. der §§ 152—156 „erforderlichen Aenderungen" vornehmen. Durch die Natur seiner Erklärung bleibt sie für ihn verbindlich, soweit nicht auf Grund der vorstehenden Bestimmungen eine Aenderung erforderlich ist. Dem Zwecke der Mittheilung des Verzeichnisses würde es widersprechen, wenn der Verwalter an den von den Gläubigern eingesehenen Vermerken noch ändern wollte, ohne daß die §§ 152—156 dazu Anlaß geben.

Nach Ablauf der im § 157 bestimmten drei Tage kann der Verwalter das Verzeichniß überhaupt nicht mehr ändern. Spätere Aenderungen des Verwalters sind nicht zu berücksichtigen. Gegen das Verzeichniß, wie es nach drei Tagen nach dem Ablaufe der Ausschlußfrist besteht, sind die Einwendungen nach §§ 158, 162 zu richten; die Gläubiger, denen ohnehin sonst eine sachgemäße Wahrung ihrer Rechte unmöglich ist, haben ein Recht darauf, daß das für ihre Einwendungen die gesetzlich Voraussetzung bildende Verzeichniß unverändert und für das fernere Verfahren maßgebend bleibt, und nur den Abänderungen unterliegt, die durch die zulässigen Einwendungen (§§ 158, 162) herbeigeführt werden. Die Erledigung dieser Einwendungen schließt dann das Verzeichniß für die Ausführung endgültig ab. Hullmann, Stieglitz, Sarwey-Bossert zu § 157, Petersen-Kleinfeller Anm. 8, Fitting 3. Aufl. § 40 Anm. 24, Endemann S. 554. A.M. Wengler Anm. 2.

Digitized by Google

§ 158. (146.)

Bei einer Abschlagsvertheilung sind Einwendungen gegen das Verzeichniß bis zum Ablaufe einer Woche nach dem Ende der Ausschlußfrist bei dem Konkursgerichte zu erheben.

Das Gericht entscheidet über die Einwendungen. Die Entscheidung, durch welche eine Berichtigung des Verzeichnisses angeordnet wird, ist auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen. Die Beschwerdefrist beginnt mit dem Tage, an welchem die Niederlegung der Entscheidung erfolgt ist.

E. I. 158. P. 242 ff.

1. Einwendungen.
2. Einwendungsberechtigte.
3. Einwandsfrist.
4. Verfahren.
5. Beschwerde.
6. Folgen des Ablaufs der Einwandsfrist.

1) Die **Einwendungen** sind gegen das Verzeichniß, wie es gemäß § 157 aufgestellt ist, zu richten; sie können sowohl gegen die Abänderungen (§ 157) als gegen das hierdurch nicht berührte ursprüngliche Verzeichniß (§ 151) gerichtet werden. Jeder Gläubiger kann nicht nur wegen einer gänzlichen oder theilweisen Nichtberücksichtigung seiner eigenen Forderung auf Grund der Feststellung der §§ 152—156 Einwendungen erheben, sondern auch dagegen, daß ein anderer Gläubiger berücksichtigt ist, weil Jeder durch die Betheiligung der Uebrigen berührt wird. Die Verletzung der Grundsätze der §§ 152 ff., die Nichtänderung des ursprünglichen Verzeichnisses ungeachtet der rechtzeitig in der Ausschlußfrist geführten Nachweise, die erfolgten mit den Gesetzen und der Sachlage nicht übereinstimmenden Aenderungen, die Nichtübereinstimmung der Tabelle und des Verzeichnisses, Irrthümer der Vermerke und dergleichen können Inhalt der Einwendungen sein. Dagegen kann ein Gläubiger in der Einwandsfrist (Anm. 3) nicht noch die mit der Ausschlußfrist bereits präkludirten Nachweise beibringen, was vielmehr selbst Gesetzverletzung wäre, Anm. 10 § 152. Ebenso ist eine Einwendung gegen die Vornahme einer Vertheilung überhaupt nicht statthaft; zu einem Widerspruche hiergegen ist den Gläubigern nach §§ 150, 161 überhaupt kein Recht gegeben. Dem § 158 unterliegen stets nur Einwendungen „gegen das Verzeichniß", „der bei der Vertheilung zu berücksichtigenden Forderungen", also nur Einwendungen wegen der Berücksichtigung oder Nichtberücksichtigung, nicht auch wegen der Auszahlung oder Zurückbehaltung von Antheilen (vgl. Anm. 2 § 151) und zwar nur wegen der Berücksichtigung, wie sie gemäß §§ 152 ff. geboten oder untersagt ist, nicht wegen einer behaupteten Tilgung, RG. 21, 331, noch gegen die Zulässigkeit der Feststellung, Anm. 11 § 145.

2) **Zu Einwendungen gemäß § 158 berechtigt** sind nur Konkursgläubiger, da nur für diese das Vertheilungsverfahren besteht, § 149, und zwar dem Verhältnisse des Einzelnen zur Vertheilung entsprechend nur solche, die bei der Vertheilung interessirt sind (also nicht ungeprüfte oder schon befriedigte) und die ein rechtliches Interesse zu den Einwendungen (wegen der Forderungen Anderer oder ihrer eigenen) haben. Die Massegläubiger sind nicht berechtigt, da sie kein Interesse haben; der G.Schuldner nicht, da sein Interesse hinsichtlich der K.Masse für die Vertheilung, wie für die Feststellung durch den Verwalter vertreten wird. — Der Gegner für die Einwendungen, was für etwaige Erörterungen und für die Berechtigung zur Beschwerde erheblich sein kann, ist der Verwalter, der das angegriffene Verzeichniß aufgestellt hat, an Stelle des G.Schuldners hinsichtlich der K.Masse im gemeinsamen Gläubigerinteresse; außerdem diejenigen K.Gläubiger, die durch die Einwendung, falls sie begründet wäre, benachtheiligt würden.

3) Für die Einwendungen bei Abschlagsvertheilungen ist im § 158 **eine Einwandsfrist** im Anschlusse an die Ausschlußfrist gegeben; bei der Schlußvertheilung sind abweichend die Einwendungen im Schlußtermine vorzubringen, § 162. Die Frist des § 158 dient nur für die Erhebung der nach der Ausschlußfrist noch zulässigen Einwen-

Digitized by Google

dungen gegen das Verzeichniß. Die Frist ist eine ausschließende, C.P.O. § 224 Abs. 2, §§ 230, 231, und hat, abgesehen von der verschiedenen Zweckbestimmung, denselben Charakter wie die Ausschlußfrist; mit dem Ablaufe der Frist werden die Einwendungen (indeß nur für die vorzunehmende Vertheilung) ausgeschlossen. Vgl. Anm. 6 u. 10 zu § 152. Bis zum Ablaufe dieser Frist muß das nach § 152 auf der Gerichtsschreiberei niederzulegende Verzeichniß dort liegen bleiben, damit das Recht der Gläubiger zu Einwendungen ausgeübt werden kann. Die Erhebung von Einwendungen vor Anfang der Frist ist zulässig. RG. 27. Febr. 1890, JW. 114.

4) **Verfahren.** Die bei dem Konkursgerichte, also im amtsgerichtlichen Verfahren zu erhebenden Einwendungen, Abs. 1, sind schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers anzubringen. C.P.O. § 496. Das K.Gericht hat als solches, also nicht als Prozeßgericht, zu entscheiden. Es findet nicht das ordentliche Civilprozeßverfahren statt; nicht zulässig ist deshalb eine Klage im gewöhnlichen Prozeßverfahren, RG. 27. Febr. 1890, Raff.K. 34, 1201, JW. 114. Soweit in den beiden letzten Sätzen des Abs. 2 nicht Abweichungen bestimmt sind, sind die §§ 72, 73 anwendbar. Die Entscheidung kann also ohne mündliche Verhandlung erfolgen. Falls aber durch Verhandlung oder durch Anhören Anderer Erledigung der Einwendungen oder Aufklärung zu erlangen ist, wird sie rathsam sein. Ist die Einwendung dahin gerichtet, daß eine in das Verzeichniß nicht aufgenommene Forderung aufzunehmen sei, wobei alle anderen K.Gläubiger beteiligt sind, so wird eine Zuziehung aller Betheiligten zur mündlichen Verhandlung sowie überhaupt die Anhörung aller Betheiligten besonders beschwerlich. Die Entscheidung, durch die eine Einwendung abgewiesen wird, ist von Amtswegen den Betheiligten, also dem Einwendenden und seinen Gegnern zuzustellen, wofür öffentliche Bekanntmachung nach § 73 Abs. 3 unter Umständen rathsam sein kann; die Frist zur Beschwerde des Einwendenden dagegen beginnt mit der Zustellung. Auch die Entscheidung, durch die eine Berichtigung angeordnet oder eine Einwendung ganz oder theilweise als begründet festgestellt wird, ist nach § 73 Abs. 2 den Betheiligten von Amtswegen zuzustellen, neben der im Satze 2 vorgeschriebenen Niederlegung, da für die Zustellung keine Ausnahme vom § 73 Abs. 2 gemacht ist. Es ist nur außer der Zustellung die Niederlegung und die Berechnung der Beschwerdefrist von der Niederlegung angeordnet. Meisner S. 325, Stieglitz Anm. II, Sarwey-Bossert Anm. 7, Willenbücher S. 193. Abw. Fitting § 41 zu I., Petersen-Kleinfeller Anm. 4, Völderndorff 2, 460, Wengler S. 581, Kohler S. 577, Oetker 1, 410, Jäger Anm. 7, die hier die Zustellung als durch die Niederlegung ersetzt halten. — Daß die Unterlassung der Zustellung keine sachlichen Folgen haben kann, ist zuzugeben. Ist aber ohne mündliche Verhandlung entschieden, so ist kein Grund zu erkennen, weshalb dem, der eine Einwendung erhoben hat, die Nachricht von dem Erfolge nicht ertheilt werden soll. Ging in einem solchen Falle die Einwendung gegen die Aufnahme der Forderung eines anderen Gläubigers, der nicht immer gehört zu werden braucht, so ist es ein Unrecht, diesem den ihn ausschließenden Beschluß nicht zuzustellen, wenn auch die Beschwerdefrist nicht von der Zustellung an läuft. Ist eine nicht in das Verzeichniß aufgenommene Forderung durch die Entscheidung eingestellt, so ist freilich die Zustellung an alle Betheiligten kaum anders als durch öffentliche Bekanntmachung zu erreichen.

5) Gegen die Entscheidung ist **sofortige Beschwerde** zulässig.

Zur Beschwerde sind die durch die Berichtigung benachtheiligten K.Gläubiger und der Verwalter als Gegner des Einwendenden berechtigt.

Die Beschwerdefrist läuft in allen Fällen von der Niederlegung auf der Gerichtsschreiberei, d. h. von dem Eingange der Entscheidung bei dem Gerichtsschreiber. Da die Niederlegung nicht bekannt zu machen ist, so ist sie für den Lauf der Frist ein übel gewählter Anfangspunkt.

Wird durch die Entscheidung des Beschwerdegerichts eine Berichtigung des Verzeichnisses angeordnet, so ist auch diese Entscheidung auf der Gerichtsschreiberei des K.Gerichts niederzulegen.

Digitized by Google

6) Mit dem Ablaufe der Einwandsfrist und mit den Entscheidungen über die vorgebrachten Einwendungen ist das Verzeichniß der zu berücksichtigenden Forderungen, so wie es sich hiernach gestaltet, als solches, d. h. betreffs der Berücksichtigung für die vorliegende Vertheilung urtheilsmäßig festgestellt, vgl. Anm. 9 § 152. Daraus folgt, daß die nach diesem Verzeichnisse zu berücksichtigenden Gläubiger gegen jede Rückforderung in der Regel gesichert sind. Hullmann Anm. 1. Die Entscheidung ist eine endgültige und nicht eine vorbehaltlich eines nachträglichen Sonderprozesses nur vorläufige; indeß ist unter Umständen eine Abhülfe wegen Irrthümer zulässig, vgl. Anm. 7 § 162.

§ 159. (147.)

Für eine Abschlagsvertheilung bestimmt der Verwalter und, wenn ein Gläubigerausschuß bestellt ist, dieser auf Antrag des Verwalters den zu zahlenden Prozentsatz.

Der Verwalter hat den Prozentsatz den berücksichtigten Gläubigern mitzutheilen.

E. I. 154. P. 242 ff.

1. Bestimmung des Prozentsatzes.
2. Zeit der Bestimmung.
3. Mitwirkung des Gerichts.
4. Höhe des Prozentsatzes.
5. Mittheilung des Prozentsatzes und ihre Wirkung.

1) Bestimmung des Prozentsatzes bei Abschlagsvertheilungen. Der Verwalter hat, wenn kein Gläubigerausschuß bestellt ist, allein den Prozentsatz für eine beabsichtigte Abschlagsvertheilung zu bestimmen; ist ein Ausschuß bestellt, so haben Verwalter und Ausschuß zu bestimmen.

Der Ausschuß kann nur einen vom Verwalter beantragten Prozentsatz bestimmen, nicht einen höheren, als der Verwalter bestimmt. Vgl. die gleiche Bedeutung der Redaktion: „auf Antrag" in K.O. §§ 135, 131, 150, 160 und G.V. § 75 Abs. 1. Nach E. I. § 154 sollte der Ausschuß „nach Anhörung des Verwalters" den Prozentsatz festsetzen. Hierfür hat die Vork. die jetzige Fassung gewählt. So auch Petersen-Kleinfeller Anm. 6; Völderndorff 3, 462. Die entgegenstehende Annahme Sarwey Anm. 2; Meisner S. 326, Willenbücher S. 194, Jäger Anm. 2 entspricht nicht der von der K.O. dem Gläubiger-Ausschuß gegebenen Stellung, die ihn wohl zu einer Beaufsichtigung und Beschränkung des Verwalters berechtigt, ihn aber sonst nur in einem Falle (§ 129) zum Handeln an Stelle des Verwalters und da ohne dessen Mitwirkung ermächtigt.

2) Zu welcher Zeit der Prozentsatz bestimmt werden soll, ob hierfür und für die Vertheilung die Entscheidung über die etwa wenig einflußreichen Einwendungen abzuwarten ist, hat das Gesetz nicht angeordnet. Es wird nach der Sachlage vom Verwalter oder dem Ausschusse zu ermessen sein und deren Entschließung wird wohl von der Tragweite der Einwendungen abhängig sein, namentlich davon, ob nicht selbst dann, wenn alle Einwendungen begründet erachtet werden, füglich die Vertheilung mit dem zu bestimmenden Prozentsatz ausführbar bleibt. Daß vor der Bestimmung des Prozentsatzes die Entscheidung des K.Gerichts über alle Einwendungen abgewartet werden müßte (so Stieglitz § 146 Anm. III, Völderndorff § 146 zu c, Endemann S. 558), ist weder im Gesetze vorgeschrieben, noch folgt es aus der Natur der Sache. Das K.Gericht hat sich in die Vertheilung und die Bestimmung des Prozentsatzes nicht einzumischen und dabei (gegen Oetker 1, 412) nichts zu sanktioniren, soweit es nicht durch Einwendungen oder Anträge in zulässiger Weise angerufen wird. Hullmann Anm. 2, Meisner S. 325, Petersen-Kleinfeller Anm. 6; Sarwey-Bossert Anm. 9 § 158. Im Falle einer Beschwerde können das K.Gericht und das Beschwerdegericht die Aussetzung der Bestimmung anordnen, entsprechend C.P.O. § 572; Fitting 3. Aufl. § 41 Anm. 9.

3) Das „richterliche" Ermessen (Prot. 106) hat bei Abschlagsvertheilungen weder über die Zeit der Festsetzung, noch über den Prozentsatz selbst etwas zu bestimmen. Für

Digitized by Google

einen Widerspruch der Gläubiger gegen den Prozentsatz behufs gerichtlicher Entscheidung nach Analogie des § 158 (so Böldendorff zu b) giebt der Buchstabe des Gesetzes keinen Raum und der Geist der K.O. widerspricht einem solchen Eingreifen des Gerichts und der Gläubiger in die Verwaltung. Die Gläubiger haben kein Recht auf einen andern, als den vom Verwalter oder Ausschuß bestimmten Satz; sie haben also auch keinen durch Einwendungen geltend zu machenden Anspruch. Das Verfahren nach § 158, worin über das Recht auf Berücksichtigung entschieden wird, gestattet keine ausdehnende Anwendung auf die Entscheidung einer Zweckmäßigkeitsfrage. Vgl. Petersen-Kleinfeller Anm. 6, Sarwey-Bossert Anm. 1, Stieglitz Anm. I, Meisner S. 325, Fitting 3. Aufl. § 41 Anm. 13, Endemann S. 559.

4) **Die Höhe des Prozentsatzes** ist nach dem Verhältnisse der verfügbaren Masse (§ 151) zu der Gesammtsumme derjenigen Forderungen, die sich mit dem Ende der Frist des § 158 Abs. 1 (nöthigenfalls erst mit der Entscheidung über Einwendungen) als zu berücksichtigende ergeben, sachgemäß zu bestimmen. Der Bestand braucht dabei nicht ängstlich „bis auf die letzte Mark" zur Vertheilung zu kommen. Der Prozentsatz kann in möglichst runder Zahl zur bequemen Vertheilung annähernd bestimmt werden. Mot. 379, 380. Für die Bestimmung der Höhe werden dieselben Rücksichten maßgebend sein, nach denen zu entscheiden ist, ob hinreichende baare Masse im Sinne des § 149 vorhanden ist und wieviel der verfügbare Massebestand im Sinne des § 151 beträgt. Von der unter Berücksichtigung der Massekosten und Masseschulden zu berechnenden verfügbaren Masse sind zunächst die zu berücksichtigenden bevorrechtigten Forderungen abzurechnen; das Verhältnis des Restes zu den berücksichtigenden nicht bevorrechtigten Forderungen ergiebt den sachgemäßen Prozentsatz für die letzten.

5) **Die Mittheilung des Prozentsatzes** an die berücksichtigten Gläubiger, die dem Verwalter obliegt, kann nach § 77 Abs. 2 unmittelbar und formlos erfolgen. Eine öffentliche Bekanntmachung, die E. I. § 154 noch außerdem bestimmen wollte, ist nicht nöthig und kann, wenn erfolgt, die besondere Mittheilung nicht ersetzen. — Mit der Mittheilung und erst mit dieser gewinnt die Bestimmung des Prozentsatzes **Wirkung** und zwar die Wirkung einer den Verwalter zur entsprechenden Zahlung verpflichtenden Erklärung. Nachdem unter Aufnahme in das Verzeichniß und Entscheidung über etwaige Einwendungen die im K.Verfahren zu treffenden Entscheidungen erlassen sind und das K.Gericht nichts weiteres zu entscheiden hat, kann der Verwalter als solcher, abgesehen von seiner persönlichen Verantwortlichkeit, zur Zahlung aus der Masse im gewöhnlichen Prozeßwege verklagt werden, Oetker 1, 201. Bis zur Mittheilung ist die Bestimmung des Verwalters oder des Ausschusses nur ein internum und der Zulässigkeit ihrer Aenderung unterworfen; nach erfolgter Mittheilung an die berücksichtigten Gläubiger, selbst wenn sie nicht an Alle, sondern an Einige oder Einen erfolgt ist, bleiben die Verwaltungsorgane daran gebunden. Sie ist der Zeitpunkt für die Ausschließung aller dem Verwalter unbekannten Massegläubiger hinsichtlich des Betrages für die Abschlagsvertheilung, § 172 und der nach § 51 Nr. 3 Ger-Kost.Ges. für die Kosten mitbestimmende „Beginn des Vollzugs der Abschlagsvertheilung". Mot. z. Ger.-Kost.-Gest. S. 77. So auch Sarwey-Bossert Anm. 2 zu § 172; Stieglitz Anm. III 1 zu § 159 a. F. Abweichend ist behauptet, daß, wenn ein G.Ausschuß bestellt ist, schon dessen Beschluß maßgebend sein solle, mit Bezug auf § 172: „Festsetzung des Prozentsatzes"; indeß ein noch nicht nach außen wirksam erklärter Beschluß ist ebenso nur noch ein Entwurf wie ein noch nicht mitgetheilter Gerichtsbeschluß. Sollte die bei der Bestimmung des Prozentsatzes als verfügbar angenommene Masse nicht mehr vorhanden sein, so daß deshalb der bestimmte Prozentsatz nicht gezahlt werden kann, sei es, daß sie überhaupt nicht vorhanden gewesen oder daß sie durch einen vom Verwalter nicht zu vertretenden Umstand verloren gegangen oder wegen eines vorher zur Kenntniß des Verwalters gelangten Masseanspruchs in Anspruch genommen worden ist, so kann der Verwalter dies gegen die an der Vertheilung theilnehmenden Gläubiger geltend machen. Er muß dann eine anderweite Festsetzung des Prozentsatzes herbeiführen und zu diesem Zwecke mit einer erneuten Bekanntmachung des verfügbaren Massebestandes beginnen.

Digitized by Google

§ 160. (148.)

Das Gericht kann auf Antrag des Gemeinschuldners, wenn derselbe einen Zwangsvergleich vorgeschlagen hat, die Aussetzung einer Abschlagsvertheilung anordnen, sofern nicht schon die Ausschlußfrist abgelaufen ist.

E. I. 151.

1. Voraussetzung der Befugnis zur Aussetzung. | 3. Wirkung der Aussetzung.
2. Zustellung und Beschwerde.

1) Die dem Gerichte gestattete, dessen Ermessen unterworfene („kann") **Befugniß, eine Abschlagsvertheilung auszusetzen, setzt voraus:**

a. daß vom G.Schuldner ein dem § 174 entsprechender Vergleichsvorschlag gemacht ist, Prot. 106, 107;

b. daß von ihm ein Antrag auf Aussetzung gestellt ist und

c. daß schon vor Ablauf der Ausschlußfrist (vgl. Anm. 10 zu § 152) die Aussetzung angeordnet ist. Stieglitz zu § 148, Willenbücher S. 194, Fitting § 41 zu III., Oetker 1, 414.

Abw. halten Sarwey-Bossert Anm. 2, Völderndorff 2, 446, Petersen-Kleinfeller Anm. 8 und Jäger Anm. 1 nur den Antrag des G.Schuldners vor dem Ablaufe der Ausschlußfrist zu c. nöthig. Indeß kann man aus den von ihnen angeführten bestreitbaren Zweckmäßigkeitsgründen sich nicht für berechtigt halten, den (angeblich ungenauen) Wortlaut des Gesetzes unbeachtet zu lassen, zumal es sich um eine Ausnahmebestimmung handelt. Die Unterstellung, daß das Gericht die Entscheidung auf den Antrag verzögern würde, ist unzulässig. Sache des G.Schuldners ist es, seine Anträge nicht bis zum letzten Augenblicke aufzuschieben. Der innere Grund für die Beschränkung liegt darin, daß mit dem Ablauf der Ausschlußfrist eine sachliche Rechtsänderung eingetreten ist, die nicht rückgängig gemacht werden soll. Es fragt sich nur noch, ob unter der Anordnung des Gerichts die schriftliche Anordnung vor der Zustellung zu verstehen ist, oder ob auch die Zustellung vor Ablauf der Frist ausgeführt sein muß. Die Frage ist in der ersten Alternative zu bejahen; es genügt, daß das Gericht vor Ablauf der Frist sein Eingreifen begonnen hat (vgl. CPO. § 694 Abs. 1).

Ohne Anordnung des Gerichts gemäß § 160 sind der Verwalter und der G.Ausschuß zur Einstellung der Vertheilung nicht befugt, es sei denn, daß die zu vertheilende Masse nicht vollständig vorhanden ist, Anm. 5 a. E. zu § 159. Sarwey-Bossert Anm. 2, Endemann S. 561. A.M. wegen § 167 Völderndorff zu a. Die Anordnung des Gerichts kann auch schon getroffen werden, bevor das zu einer Abschlagsvertheilung erforderliche Verfahren begonnen hat.

2) Die Ablehnung des Aussetzungsantrages ist dem G.Schuldner, die Anordnung der Aussetzung nicht nur dem G.Schuldner und den Verwaltungsorganen **zuzustellen** (so Stieglitz zu § 148), sondern allen bei der Verteilung betheiligten K.Gläubigern, also sachgemäß nach § 76 Abs. 3 öffentlich bekannt zu machen. Fitting 3. Aufl. § 41 Anm. 20. — Gegen die Ablehnung des Antrags auf Aussetzung steht dem G.Schuldner nach § 73 die **Beschwerde** zu; und der Beschwerderichter hat das gleiche Ermessen behufs der Ausübung der gleichen Befugniß, aber auch nur das gleiche, so daß er ebenfalls nach Ablauf der Ausschlußfrist nicht mehr eine Aussetzung anordnen kannn, Stieglitz und Sarwey-Bossert zu § 160, Endemann S. 561. Danach kann allerdings der Erfolg einer an sich begründeten Beschwerde verloren gehen, worauf Jäger besonderes Gewicht legt. Man wird aber auch darin nichts Besonderes finden können, wenn man z. B. daran denkt, daß im Falle der Aufhebung eines Arrestbefehls durch Urtheil und der daran sich anschließenden Aufhebung der Vollstreckungsmaßregeln ein abänderndes Urtheil höherer Instanz die verlorenen Rechte auch nicht wiederherstellen kann. Abw. erklärt Oetker 1, 414 die Ablehnung für unanfechtbar aus den in Anm. 1 zu § 73 erörterten prinzipiellen Gründen. — Gegen die Anordnung einer Aussetzung haben der Verwalter und jeder betheiligte Gläubiger das Recht der Beschwerde. Ohne Grund verneinen Stieglitz zu § 148 und Oetker 1, 414

Digitized by Google

das Beschwerderecht der Gläubiger, weil ihr Recht auf Vornahme der Abschlagsvertheilung nur unter der Voraussetzung bestehe, daß das Gericht keine Aussetzung anordne. Dies ist jedoch petitio principii und nicht folgerichtig; die Anordnung soll doch nicht rein willkürlich sein; und wenn so, dann hätte Niemand ein Beschwerderecht. Sarwey-Bossert Anm. 1, Fitting 3. Aufl. § 41 Anm. 20.

3) **Die Wirkung der Aussetzung** der Vertheilung besteht nicht in einer Aussetzung des Verfahrens im Sinne der CPO. Die Vertheilung wird ausgesetzt, nicht das Verfahren. Wollte man die Vorschriften der CPO. anwenden, so würde es an einer Vorschrift über die Beendigung der Aussetzung fehlen, da die CPO. in den §§ 246, 247 für verschiedene Fälle, von denen hier keiner vorliegt, verschiedene Bestimmungen giebt. Die in den früheren Auflagen vertretene Ansicht kann nicht aufrecht erhalten werden. A.M. Sarwey-Bossert Anm. 2, Seuffert S. 361, Oetker 1 415, Jäger Anm. 4. Die Aussetzung der Vertheilung bedeutet in der That einen Aufschub in der Art, daß auch die Vorbereitungen, die Bekanntmachungen und die in Lauf gesetzte Ausschlußfrist hinfällig werden. Ist mit Rücksicht auf den Vergleichsvorschlag ausgesetzt worden, so darf eine Vertheilung erst dann stattfinden, wenn der Vorschlag durch Ablehnung oder Zurücknahme oder durch rechtskräftige Versagung der Bestätigung erledigt worden ist. Welche Vertheilung dann vorzunehmen ist, richtet sich nach der bis dahin entwickelten Sachlage. Die Vorbereitungen sind zu wiederholen. Wollte man annehmen, daß nach der Erledigung des Vergleichsvorschlags die früheren Vorbereitungshandlungen fortwirken und die Ausschlußfrist und nach dieser die Einwendungsfrist von selbst wieder zu laufen anfangen, so könnten die Gläubiger, die die fortschreitende Sachlage gar nicht oder nicht sofort übersehen können, mit der Einhaltung der Fristen in die übelste Lage kommen.

§ 161. (149.)

Die Schlußvertheilung erfolgt, sobald die Verwerthung der Masse beendigt ist.

Die Vornahme der Schlußvertheilung unterliegt der Genehmigung des Gerichts.

E. I. 156. P. 241 ff. 272—276.

1. Verwerthung der Masse
2. Unverwerthbare Gegenstände.
3. Schwebende Prozesse.
4. Genehmigung des Gerichts.
5. Antrag des Verwalters auf Genehmigung.
6. Ertheilung der Genehmigung.
7. Beschwerde.
8. Schlußvertheilungsverfahren.

1) Abs. 1 bestimmt die Voraussetzung der Schlußvertheilung: sobald **die Verwerthung der Masse** erfolgt ist. Die Voraussetzung ist insofern keine unbedingte, als nicht jedes einzelne Vermögensstück aus dem Vermögen des G.Schuldners herausgebracht sein müßte, damit alles verwerthet sei. Vielmehr ist nur eine dem K.Zwecke der Werthgewinnung für die Masse, § 3, entsprechende Verwerthung gemeint. Nicht, daß der G.Schuldner nichts mehr hat, ist entscheidend, sondern daß für die Masse die zu erreichenden Werthe gewonnen sind. Die Beendigung der Verwerthung wird somit dadurch nicht gehindert, daß uneinbringliche Forderungen nicht eingezogen (oder nicht nach § 133 Nr. 2 veräußert) oder daß Gegenstände, die übermäßig mit Pfand- oder Absonderungsrechten belastet sind, und an deren Veräußerung die K.Masse kein Interesse hat, noch nicht veräußert sind. Vgl. Anm. 1 zu § 126. Die Schlußvertheilung ist deshalb nicht aufzuschieben. Vielmehr sollen nach § 162 in dem Schlußtermine die Gläubiger „über die nicht verwendbaren Vermögensstücke" Beschluß fassen; schon der Umstand, daß überhaupt noch ein Beschluß gefaßt werden soll, zeigt, daß nicht an eine vollständige Unverwerthbarkeit zu denken ist, die für einen Beschluß keinen Raum mehr lassen würde. Es ist deshalb auch anzunehmen, daß besonders schwer zu verwerthende Gegenstände von der Schlußvertheilung ausgenommen und einer späteren Vertheilung vorbehalten werden können. Der Beschluß der G.Versammlung ist im § 162 nicht, wie in den Fällen des § 134, von einem Antrage oder einer Zustimmung des Verwalters abhängig gemacht, und sonach ist ausnahmsweise

Digitized by Google

hier den Gläubigern an Stelle des Verwalters die Verfügung über Vermögensgegenstände des G.Schuldners eingeräumt. Doch ist dies nur so zu verstehen, daß der Verwalter den Beschluß der G.Versammlung auszuführen hat, immer aber diese Ausführung erforderlich bleibt. Der Beschluß unterliegt dem Veto des Gerichts gemäß § 99. Nach den Mot. 381 ist namentlich in Aussicht genommen, daß über die Uebernahme solcher Gegenstände durch einzelne Gläubiger zu verhandeln ist. Derartige Uebertragungen können nur Sache des freiwilligen Uebereinkommens der übernehmenden Gläubiger einerseits und der G.Versammlung andererseits sein. Wird ein Gegenstand an mehrere überlassen, so ist dessen Verwerthung oder Einziehung (etwa durch einen gemeinschaftlichen Bevollmächtigten) ihre eigene Sache; der Verwalter kann als solcher nicht mehr damit befaßt werden. „Sobald" die Verwerthung der Masse, abgesehen von der Unverwerthbarkeit einzelner Gegenstände im Sinne des § 162 erfolgt ist, haben G.Schuldner und Gläubiger ein Recht auf die Vornahme der Schlußvertheilung gegen den Verwalter und kann das Gericht gegen diesen im Aufsichtswege nach §§ 83, 84 vorgehen, um die Vollziehung der Schlußvertheilung zu erwirken. Es bleibt aber außerdem der etwaige Widerstand des Gläubigerausschusses zu überwinden (Anm. 2 zu § 90).

2) **Nicht verwerthbare Gegenstände.** Sind Vermögensstücke in der That nicht verwerthbar, so sind sie „äußerstenfalls der freien Verfügung des G.Schuldners zu überlassen", Mot. 381. Dies gilt insbesondere von Gegenständen, die wegen Ueberlastung mit Pfandrechten ꝛc. nicht veräußert werden sollen, und von dem Bezugsrechte auf Renten und widerkehrende Leistungen, sofern sie nicht durch Veräußerung im Ganzen nach § 134 Nr. 1 oder gemäß Beschlußfassung im Schlußtermine zu Gunsten der Masse verwerthet sind. Vgl. Anm. 2 zu § 166. Ueberhaupt fallen alle Vermögensstücke des G.Schuldners, die als solche dem Verwalter *bekannt* und nicht verwerthet sind, mit der Konkursbeendigung auch ohne ausdrücklichen Beschluß der G.Versammlung dem G.Schuldner zu. Es kann dann nur dies als Absicht des Verwalters angenommen werden, entsprechend der Zweckbestimmung der K.Masse, die durch nicht verwerthbare Gegenstände nicht gefördert wird, Anm. 17 zu § 1, und entsprechend der natürlichen Folge der K.Beendigung, die keinen bekannten Vermögensgegenstand des G.Schuldners zur möglichen Verwerthung für die Gläubiger übrig läßt. Die Ueberlassung von werthlos erachteten Gegenständen an den G.Schuldner kann eben auch durch Handlungen oder stillschweigend erfolgen, **RG.** 7. Juni 1888, JW. 288. Doch ist auch eine ausdrückliche Verweisung zur Nachtheilung gemäß § 166 zulässig, das ergiebt sich aus der Zulässigkeit, daß noch im Schlußtermin über angeblich unverwerthbare Gegenstände verhandelt und beschlossen werden kann. Anm. 1. Doch soll in der Regel, so lange die Gläubiger eine Verwerthung bekannter Gegenstände noch beabsichtigen, bevor sie erfolgt ist, eine Schlußvertheilung nach Abs. 1 nicht erfolgen. — Die Beschlußfassung der G.Versammlung über nicht verwerthbare Vermögensstücke setzt natürlich voraus, daß diese bis dahin noch zur Masse gehören und nicht schon früher vom Verwalter kraft seines Verwaltungsrechts aufgegeben oder dem G.Schuldner zur Verfügung überlassen sind. Vgl. Anm. zu § 6.

3) **Schweben von Prozessen.** Außer der Verwerthung der Masse braucht die Beendigung der Einzelprozesse über die Feststellung von K.Forderungen und die Erledigung von Bedingungen bei bedingten Forderungen nicht abgewartet zu werden. Der G.Schuldner soll dadurch nicht an der Wiederaufnahme seiner Thätigkeit gehindert werden. So Mot. 380. Ebenso wichtig ist, daß die K.Gläubiger nicht mehr gehindert sein sollen, das nicht zur K.Masse gehörige, neuerworbene Vermögen des G.Schuldners anzugreifen. Die Bestätigung hierfür liegt in den Vorschriften der § 166 Abs. 1, §§ 168, 169. Die für die Bildung der Theilungsmasse angestrengten Prozesse werden dagegen in der Regel abgewartet werden müssen, um dem Abs. 1 zu entsprechen, sofern nicht der Verwalter darauf verzichtet, den Gegenstand zur K.Masse zu ziehen. Doch kann, ausnahmsweise, grade so wie ein Gegenstand, der schwer zu verwerthen ist, Anm. 1, 2, so auch ein im Prozeß begriffenen Gegenstand oder Betrag, wenn der Rechtsstreit sich lange hinzuziehen droht, von der Theilung ausgeschlossen werden. Nur muß dann bei der Schlußvertheilung die spätere Vertheilung

Digitized by Google

ausdrücklich vorbehalten bleiben RG. 28, 68 ff., damit nicht aus dem Verhalten des Verwalters der Schluß gezogen werden kann, daß der Gegenstand dem G.Schuldner zufallen solle. Diese vorbehaltene spätere Vertheilung ist dann aber nicht als Fortsetzung der Schlußvertheilung, sondern als Nachtragsvertheilung zu bezeichnen. Vgl. Anm. 2 zu § 166. Jäger Anm. 3, Fitting § 42 Anm. 1 Völderndorff zu a.

4) Abs. 2. **Genehmigung des Gerichts.** Während bei Abschlagsvertheilungen das K.Gericht (außer dem Falle des § 160) nur dadurch betheiligt wird, daß bei ihm das Verzeichniß nach § 151 niedergelegt wird und das Gericht nach § 158 über etwaige Einwendungen zu entscheiden hat, so soll bei der Wichtigkeit und Unwiderruflichkeit des Abschlusses die Schlußvertheilung vom K.Gerichte bestimmt und geleitet werden. Die Schlußvertheilung ist um so wichtiger, als sie eine endgültige und nicht wieder zu heilende thatsächliche Ausschließung aller bis dahin nicht geltend gemachten Ansprüche gegenüber der K.Masse zur Folge hat. Mot. 380. Erforderlich ist die förmliche Schlußvertheilung allemal, auch wenn alle Gläubiger im K.Verfahren befriedigt sind oder keine Masse mehr vorhanden ist. Die Genehmigung wird jedoch nur auf Antrag ertheilt. Von Amtswegen kann auch die Schlußvertheilung so wenig, wie eine Abschlagsvertheilung vom Gerichte beschlossen werden; das Gericht kann nur bei Verzögerungen nach §§ 83, 84 einschreiten.

Der Inhalt des Abs. 2 § 161 ist aber dadurch nicht erschöpft, daß das Gericht vor dem Beginne der Schlußvertheilung sich darüber auszusprechen hat, ob eine solche stattfinden kann. Der Abs. 2 hat zugleich die fernere Bedeutung, daß auch nach dem Schlußtermine mit Rücksicht auf dessen Ergebniß die wirkliche Ausführung der Schlußvertheilung der Genehmigung des Gerichts unterliegt und von ihm unter Umständen angehalten werden kann. Je nach Umständen kann dann an Stelle der Schlußvertheilung eine Abschlagsvertheilung vorgenommen werden. Doch kann für diese der nur bei der Schlußvertheilung eintretende Ausschluß (§§ 153, 154, 156) nicht wirksam werden.

5) Der Verwalter mit Zustimmung des Ausschusses — § 150 ist auch auf Schlußvertheilungen anwendbar — hat daher zunächst die Genehmigung des Gerichts einzuholen, bevor er die Bekanntmachung gemäß § 151 behufs der Schlußvertheilung veranlassen darf. Mot. 380. **Der Antrag auf Genehmigung** ist sachgemäß durch die Einreichung der Schlußrechnung und des Schlußverzeichnisses nebst den Belegen und Bemerkungen des etwaigen Ausschusses (vgl. Anm. 2 zu § 162) zu begründen. Ob und inwieweit das Gericht vor seiner Genehmigung die Rechnungsführung des Verwalters und die Ausführung früherer Vertheilungen nachprüfen lassen will, unterliegt dem Ermessen des Gerichts.

6) **Die Genehmigung kann** „ohne mündliche Verhandlung" durch einfache Verfügung **ertheilt werden,** wie im E. I. § 156 gesagt war und nach der Aufnahme des im E. I. fehlenden § 73 als selbstverständlich hier fortgelassen ist. Die Genehmigung ist dem Verwalter und dem G.Schuldner zuzustellen, § 73. Nach der Zustellung kann das K.Gericht seinen Beschluß nicht mehr mit der Wirkung zurücknehmen, daß ein Schlußtermin nicht angesetzt werden soll. A.M. Oetker I, 415 für Unabänderlichkeit erst nach der gemäß § 151 erfolgten Bekanntmachung des Verwalters.

7) **Beschwerde.** Gegen die Versagung der gerichtlichen Genehmigung hat der Verwalter das Recht der Beschwerde nach § 73, nicht die einzelnen Gläubiger, da deren Genehmigung nach § 150 zu keiner Vertheilung nöthig ist; a.M. Petersen-Kleinfeller Anm. 3, Völderndorff S. 470. Gegen die Ertheilung der Genehmigung des Gerichts, die ebenfalls eine Entscheidung im Sinne des § 73 ist, ist den Gläubigern kein Widerspruchsrecht gegeben, wie sie auch nach Abs. 2 beim Verfahren über die gerichtliche Genehmigung nicht verlangen können, zugezogen zu werden; demgemäß haben sie auch kein Beschwerderecht. Stieglitz Anm. II.; Fitting § 42 Anm. 3; Endemann S. 563. Abw. Petersen-Kleinfeller zu 3, Völderndorff 2, 471, Sarwey-Bossert Anm. 4. Sie können aber im Schlußtermin die Verwerthung der noch vorhandenen Massegegenstände in dem fortzusetzenden Verfahren beschließen. Der G.Schuldner hat zwar bei der mit der Schlußvertheilung verbundenen Schlußrechnung ein erhebliches Interesse; er hat aber kein berechtigtes Interesse an der

Digitized by Google

Fortsetzung des Verfahrens und deshalb auch kein Recht der Beschwerde gegen die Genehmigung des Gerichts. Stieglitz Anm. II, Fitting § 42 Anm. 3, Oetker I, 415. A.M. Völderndorff § 151 a. F. zu d, Petersen-Kleinfeller Anm. 3, Sarwey-Bossert Anm. 4. Um die Beendigung des Konkurses herbeizuführen, können sowohl die Gläubiger wie der G.Schuldner, auch wenn die Genehmigung des Gerichts versagt ist, das Aufsichtsrecht des Gerichts anrufen und gegen einen ablehnenden Beschluß Beschwerde führen.

8) Wenn das Gericht genehmigt, daß die **Schlußvertheilung** erfolgen kann, so bestimmt es den Schlußtermin gemäß § 162 und ordnet die Niederlegung der Schlußrechnung bei der Gerichtsschreiberei gemäß § 86 an. Der Schlußtermin erfordert die Berufung einer Gläubigerversammlung und ist also vom Gerichte bekannt zu machen, § 93. Zugleich hat der Verwalter, durch die gerichtliche Genehmigung nun ermächtigt, gemäß § 151 das Schlußverzeichniß aufzustellen, auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen und die im § 151 vorgeschriebene Bekanntmachung zu erlassen. Zur Berechnung des verfügbaren Massebestandes (§ 151) sind hier die nach § 156 für die Schlußvertheilung frei werdenden Beträge, sowie die nach §§ 166, 171 zurückfließenden zu berücksichtigen. Für das fernere Verfahren sind auch hier die §§ 152—157 zu beobachten. Mit Rücksicht darauf, daß die Schlußvertheilung die letzte (regelmäßige) Vertheilung im Konkurse ist, werden mit der Ausschlußfrist der Schlußvertheilung (§ 152) für die Vertheilung der Masse ausgeschlossen:

a. alle bis dahin nicht geprüften Forderungen (§ 152);
b. die streitigen, vom Gläubiger zu betreibenden, bis dahin nicht als anhängig nach § 152 nachgewiesenen Forderungen;
c. absonderungsberechtigte, für die nach § 153 Abs. 1 und
d. aufschiebend bedingte, für die nach § 154 Abs. 2 der Nachweis nicht geführt ist;
e. Nachzügler, die dem § 156 nicht entsprochen haben.

Vgl. ferner Anm. 7 zu § 162.

§ 162. (150.)

Zur Abnahme der Schlußrechnung, zur Erhebung von Einwendungen gegen das Schlußverzeichniß und zur Beschlußfassung der Gläubiger über die nicht verwerthbaren Vermögensstücke bestimmt das Gericht einen Schlußtermin, welcher nicht unter drei Wochen und nicht über einen Monat hinaus anzuberaumen ist.

Die Bestimmungen des § 158 Abs. 2 finden auf die Schlußvertheilung Anwendung.

E. I. 157—159. P. 241 ff. 272—276.

1. Schlußtermin.
2. Schlußrechnung.
3. Einwendungen gegen die Schlußrechnung.
4. Einwendungen gegen das Schlußverzeichniß.
5. Verfahren bei der Entscheidung über Einwendungen.
6. Vollzug der Schlußvertheilung.
7. Wirkung der Schlußvertheilung. Bereicherungsklage.
8. Unverwerthbare Gegenstände.

1) **Der Schlußtermin** ist vom Gerichte (vgl. Anm. 8 zu § 161) öffentlich nach § 76 bekannt zu machen. Dies gilt als Zustellung an alle Betheiligte, Anm. 3 zu § 76. Auch dann, wenn die Restmasse durch Nachzahlung von Dividenden gemäß § 155 erschöpft wird, und eine weitere Schlußvertheilung nicht erfolgt, ist der Schlußtermin zur Rechnungsabnahme nöthig; und auch dann sind die Förmlichkeiten der Schlußvertheilung (§§ 151, 161, 162) schon mit Rücksicht auf die möglichen Nachvertragsvertheilungen (§ 166) zu erfüllen. Zweckmäßig ist es, alsdann „die (nach § 155 nöthige) Nachzahlung selbst nur in den Formen der Schlußvertheilung vorzunehmen". Mot. 381. Was im Termine zu verhandeln ist, ergeben die im Abs. 1 angegebenen Zwecke des Schlußtermins. Zu beachten ist die Vorschrift des § 98, daß die Gegenstände der Beschlußfassung bei der Berufung öffentlich bekannt zu machen sind.

2) Im Schlußtermin erfolgt sodann zunächst die Vorlegung der **Schlußrechnung**. Die Schlußrechnung muß die Ergebnisse der Verwerthung aller Massegegenstände, die daraus

Digitized by Google

bestrittenen und noch zu bestreitenden Ausgaben, und den sich danach ergebenden verfügbaren Massebestand (§ 151) nachweisen. Sie muß mit Belegen und wenn ein G.Ausschuß bestellt ist, mit dessen Bemerkungen versehen sein (§ 86). Falls der Ausschuß nichts zu erinnern findet (§ 150), kann sich seine Erklärung hierauf beschränken, etwa mit dem Zusatze, daß die nach §§ 130, 131 seiner Genehmigung unterliegenden Verfügungen des Verwalters von ihm genehmigt sind.

3) **Gegen die Schlußrechnung** können gemäß § 86 der G.Schuldner und jeder K.Gläubiger **Einwendungen** erheben. Vgl. Anm. zu § 86. Alle nicht im Schlußtermine erhobenen Einwendungen sind, wie § 86 ausdrücklich bestimmt, ausgeschlossen; die Schlußrechnung gilt insoweit als abgenommen und anerkannt. Die mit Erfolg erhobenen Einwendungen haben nach ihrem Inhalte verschiedene Ergebnisse für die K.Masse. Soweit die Verletzung besonderer Rechte einzelner Gläubiger oder besonderer dem G.Schuldner nach der K.Beendigung zustehender Rechte (z. B. bei Akkordbeendigung, bei Verfügungen des Verwalters über persönliche, nicht zur K.Masse gehörigen Rechte) Gegenstand der Einwendungen gegen die Schlußrechnung ist, fällt das Erstrittene ihnen zu. In allen anderen Fällen fließt das Ergebnis der Einwendung zur K.Masse; sowohl was ein K.Gläubiger, als was der G.Schuldner gegen den Verwalter erstreitet, und unbedingt, was ein nachfolgender Verwalter gegen seinen Vorgänger in der Verwaltung erstreitet, gehört zur K.Masse, soweit nicht jene Ausnahmen Platz greifen. Der G.Schuldner ist (gegen Fitting § 29, der Alles vom G.Schuldner zu Erstreitende ihm selbst zukommen lassen will, weil er nicht die Masse, sondern sein Interesse außerhalb der Masse vertrete) durch § 86 nicht auf solche Einwendungen beschränkt, die seine besonderen Rechte betreffen. Die Wahrnehmung seines Vortheils umfaßt auch die Erhöhung der Masse. Er muß aber, wenn durch seine Einwendungen der Bestand der Masse erhöht wird, den erlangten Mehrbestand den Gläubigern lassen. Auch der einzelne Gläubiger kann nicht bloß für die Masse (wie Fitting a. a. O. annimmt: „als Vertreter der Masse"), sondern auch für seine besonderen Rechte Einwendungen erheben. Hullmann Anm. 3 u. Stieglitz Anm. II wollen in allen Fällen das Erstrittene der Masse zukommen lassen.

4) **Schlußverzeichniß.** Vgl. über die Aufstellung des Schlußverzeichnisses § 151 u. Anm. 8 zu § 161. Von den Einwendungen gegen die Schlußrechnung sind **die Einwendungen gegen das Schlußverzeichniß** zu unterscheiden. Schon *vor* dem Schlußtermine und zwar vor dem Ablaufe der *Ausschlußfrist* sind die *Nachweise* gemäß den §§ 152 bis 156 für die nicht schon unbedingt zu berücksichtigenden Forderungen zur Vermeidung des Ausschlusses zu führen und auch § 157 findet für die Schlußvertheilung Anwendung. Das Schlußverzeichniß ist von besonderer Wichtigkeit, weil es sowohl für die Schlußvertheilung, als auch für etwaige Nachtragsvertheilungen (§ 166) als Grundlage dienen soll. Die *Einwendungen* dagegen sind bei der Schlußvertheilung nicht in der für Abschlagsvertheilungen im § 158 Abs. 1 bestimmten Frist zu erheben, sondern nach § 162 im Termine. Der Termin steht zu ihrer Erhebung an. Das Ende des Schlußtermins bedeutet für sie den Ausschluß. Später kann kein Gläubiger noch Einwendungen erheben. C.P.O. §§ 230, 231; Anm. 4 § 72.

Der Schlußtermin wird im Wesentlichen zur Verhandlung der *Konkursgläubiger* angesetzt. Die Abnahme der Schlußrechnung erfolgt durch die K.Gläubiger und den G.Schuldner (§ 86); die Vertheilung selbst betrifft nur die Zahlung an die K.Gläubiger (§ 149) und nur von diesen können auch Einwendungen gegen das Schlußverzeichniß erhoben werden. Ueber die Zulässigkeit von Einwendungen gelten die in Anm. 1 § 158 bemerkten Grundsätze. Einwendungen eines Absonderungsberechtigten darüber, daß Einnahmen unbedingt zur K.Masse genommen sind, während ihm ein Absonderungsrecht daran zustehe, gehören nicht in dies Verfahren, werden durch den Termin nicht ausgeschlossen und sind selbständig geltend zu machen, **RG.** 17. Dezember 1886, JW. 1887 S. 41. Zufolge § 172 ist indeß der Schlußtermin zugleich die Ausschlußfrist für die Anzeige von *Massean*sprüchen.

5) *Abs.* 2. Für das **Verfahren bei Erlaß der Entscheidungen über Einwendungen**

Digitized by Google

gegen das Schlußverzeichniß, über die Zustellung oder Niederlegung der Entscheidungen und die Beschwerde dagegen, also für die Zeit *nach* Vorbringung der Einwendungen gilt dasselbe, was für Abschlagsvertheilungen nach Anm. 4 bis 6 zu § 158. Die Einwendungen selbst können vor dem Termine durch Schrift oder Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers vorbereitet werden, sind indeß gemäß Abs. 1 nur zu beachten, wenn sie im Termine vorgebracht werden. Das Gericht kann sofort im Termin über die Einwendungen entscheiden und die Entscheidung verkünden, a.M. Völderndorff zu b; indeß wird dadurch weder die Zustellung der Entscheidung, da § 73 Abs. 2 nicht geändert ist, noch die Niederlegung einer Berichtigungsanordnung gemäß § 158 erübrigt.

6) **Vollzug der Schlußvertheilung.** Dadurch, daß im Termine festgestellt wird, ob und welche Einwendungen geltend gemacht werden, und daß nach § 158 Abs. 2 auch jede in Folge von Einwendungen erfolgende Berichtigung auf der Gerichtsschreiberei niedergelegt wird, können sich die Gläubiger aus dem Verhältnisse der Gesammtsumme der Forderungen, so wie sie sich schließlich herausstellt, zu dem nach § 156 veröffentlichten oder etwa bei der Rechnungsabnahme geänderten Massenbestande ihre Schlußdividende selbst ermitteln. Der Verwalter hat demgemäß die Schlußvertheilung zu berechnen und den Gläubigern mitzutheilen, entsprechend dem § 159 Abs. 2, der durch die Sachlage nur darin eine Aenderung erleidet, daß nicht gerade ein bestimmter Prozentsatz für die Schlußvertheilung festgesetzt oder bekannt gemacht wird. Mot. 381. Eine Mitwirkung des Ausschusses bei der Ausrechnung ist nicht nöthig; auch nicht irgend eine Bekanntmachung an die Gläubiger.

Mit der Mittheilung der Berechnung oder einer entsprechenden Aeußerung des Verwalters in irgend welcher Form beginnt der Vollzug der Schlußvertheilung und von diesem Beginn ab ist der Vollzug im Sinne des § 166 zu rechnen, so daß die später ermittelten Vermögensgegenstände zur Nachtragsvertheilung zu nehmen sind. Fitting 3. Aufl. § 42 zu V., Anm. 21 u. § 43 Anm. 1. Abw. Stieglitz § 151 Anm. I. 1; vgl. Anm. 1 zu § 166.

7) **Wirkung der Schlußvertheilung.** Das Vertheilungsverfahren der K.O. schließt in Folge der Ausschlußfristen und Termine mit der Entscheidung über die Vertheilungsansprüche endgültig die Zulässigkeit einer späteren Klage aus, die darauf gestützt wäre, daß bei der Vertheilung noch andere Ansprüche zu berücksichtigen oder daß die berücksichtigten nicht zu berücksichtigen seien. Das Ergebniß der Ausschließungen und Entscheidungen ist, wenngleich ohne Urtheilsform, endgültig und unterliegt keiner Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Die Entscheidungen sind vollstreckbar, C.P.O. § 794 Nr. 3. Es ist auch nicht (wie für das Vertheilungsverfahren der C.P.O. § 878 Abs. 2) unmittelbar oder mittelbar vorbehalten, daß die Versäumung der Frist nur die Wirkung haben solle, die thatsächliche Vertheilung oder Zahlung nicht aufzuhalten, während über die Rechte selbst noch anderweit entschieden werden könne. Vielmehr betreffen der Ausschluß sowohl wie die Entscheidung das Recht selbst, soweit es die zu vertheilende Masse — bei der Schlußvertheilung also die gesammte K.Masse — angeht. Anm. 1 § 152, Anm. 3 § 158. Mot. 376. Immerhin jedoch ist die Möglichkeit von unrichtigen oder Zuviel-Erhebungen und von daraus entstehenden Streitigkeiten schon in Folge von Irrthümern in den Voraussetzungen (Tabelleneintragung der Empfänger) und von Rechnungsirrthümern nicht ausgeschlossen. Sie ist schon deshalb vorhanden, weil das Verfahren nicht mit einem bestimmte Summen zur Zahlung anweisenden Plane und mit dem Ausschluß von Einwendungen gegen einen solchen Plan abschließt. In dieser Beziehung sind die allgemeinen Rechtsgrundsätze nicht aufgehoben. Danach kann gegen einen *Konkurs*-Gläubiger, der aus der K.Masse mehr als seinen gesetzlichen Antheil erhalten hat, also mehr als den nach dem Prozentsatze des § 159 oder nach dem Verhältnisse aus der Schlußvertheilung sich ergebenden Betrag, auch nach der K.Beendigung ein *anderer* hierdurch benachtheiligter *Gläubiger* Herausgabe als ungerechtfertigte Bereicherung fordern. Jedem Gläubiger steht eine Hebung nur nach dem gesetzlich bestimmten gegenseitigen Verhältnisse zu, und der darin verletzte Gläubiger hat die auf Beseitigung der Verletzung gerichtete **Bereicherungsklage.**

Digitized by Google

(Condictio sine causa); Obtr. 6, 399; 79, 156; Strieth. 7, 72; 41, 145; 56, 129; 90, 208; R.O.H. 7, 163; RG. 6, 313; RG. 13. März 1889, J.W. 179; 24. Apr. 1890 J.W. 196, RassK. 34, 984; Mot. 247; Dernburg 2 § 122 Nr. 1. Vgl. Kohler S. 578 ff. Dasselbe Recht, das der K.Gläubiger hat, steht auch dem Verwalter zu, der die Masse im Interesse aller K.Gläubiger zu vertreten hat, was für den Fall des Anspruchs eines Gläubigers gegen mehrere Verpflichtete besonders wichtig ist (Anm. 3 § 68). Der Verwalter kann daher gegen einen K.Gläubiger, und ebenso gegen einen Absonderungsberechtigten, das aus Irrthum zu viel Gezahlte zurückfordern, RG. 23, 60 ff. Der G.Schuldner selbst könnte für sich überhaupt nur zurückfordern, soweit das Gezahlte den Schuldbetrag übersteigt. Vgl. über das Rückforderungsrecht des G.Schuldners gegen Gläubiger Anm. 10 § 164. — Gegen einen Massegläubiger kann von einem K.Gläubiger, dem Verwalter oder dem G.Schuldner nur im Falle einer Zahlung über den vollen Betrag seiner Forderung hinaus der Mehrbetrag zurückgefordert werden, da der Massegläubiger selbständig den vollen Betrag seiner Forderung zu fordern hat und an einer nur verhältnißmäßigen Befriedigung nicht Theil nimmt. Mot. 247, 248.

8) Wegen der nicht verwerthbaren Gegenstände vgl. Anm. 2 zu § 161.

§ 163. (151.)

Nach der Abhaltung des Schlußtermins beschließt das Gericht die Aufhebung des Konkursverfahrens. Eine Anfechtung des Beschlusses findet nicht statt.

Der Beschluß und der Grund der Aufhebung sind öffentlich bekannt zu machen.

Die Vorschriften der §§ 111 Abs. 2, 112, 113 finden entsprechende Anwendung.

E. I. 197. 199. 200. P. 277.

1. Konkursaufhebung.
2. Oeffentliche Bekanntmachung.
3. Unanfechtbarkeit des Beschlusses.
4. Wirkungen der Aufhebung.
5. Absatz 2.

1) Abs. 1. **Konkursaufhebung.** Die Aufhebung des Konkurses erfolgt durch einen förmlichen Beschluß des Gerichts. Die Vorschrift des Abs. 1 aber bedeutet nicht, daß der Beschluß nur eine formale Bedeutung habe und unter allen Umständen nach dem Termine, was auch immer dessen Ergebniß sei, die Aufhebung beschlossen werden müsse. Vielmehr muß das Gericht immer noch prüfen, ob der Zeitpunkt für die Aufhebung gekommen sei. In den Mot. ist der erste Satz des § 163 mit den Worten motivirt: „Mit der Schlußvertheilung ist der Konkurs erledigt. Dieselbe hat die Aufhebung des Verfahrens zur nothwendigen Folge. Die Aufhebung soll, schon um einen sicheren Boden für ihre Wirkungen zu gewinnen, durch einen förmlichen Beschluß des Gerichts erfolgen". Ein Antrag in der R.K., statt: „beschließt die Aufhebung" zu sagen: „beschließt über die Aufhebung", wurde seitens der Bundesvertretung nur damit bekämpft, daß er überflüssig sei, indem dies auch die Intention des Entw. sei. Mot. 381. Prot. 107, 108. Das Gericht hat daher zu prüfen, ob sachlich der Konkurs erledigt und die im Schlußtermine eingelettete Schlußvertheilung auch wirklich vorzunehmen ist, § 161 Abs. 2. Wenn der Schlußtermin ergeben hat, daß in der That noch Massegegenstände zu verwerthen, Rechtshandlungen anzufechten sind, wenn etwa bei Widerspruch des Verwalters dieser entlassen (§ 84) und ein anderer bestellt wird, so ist sachgemäß die Vornahme der Schlußvertheilung zu versagen und das Verfahren nicht aufzuheben.

Einer weiteren Voraussetzung als der Abhaltung des Schlußtermins bedarf es für den Erlaß des Aufhebungsbeschlusses nicht, namentlich braucht nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht der Vollzug der Schlußvertheilung abgewartet zu werden; denn diese ist Sache des Verwalters und unabhängig vom K.Gericht. Es empfiehlt sich aber, mit der Aufhebung zum mindesten bis zur Erledigung der Einwendungen gegen das Schluß-

Digitized by Google

verzeichniß zu warten. Nicht nothwendig oder auch nur zu empfehlen ist es, die Aufhebung bis dahin aufzuschieben, daß die nach § 169 erforderliche Anordnung zur Hinterlegung zurückzubehaltender oder nicht abgehobener Beträge (§ 168) erlassen werden kann. Hat der Verwalter überhaupt auch nach der Aufhebung des Konkurses für die Ausführung der Vertheilung zu sorgen, so ist er auch noch zu der Hinterlegung legitimirt und ebenso ist das K.Gericht für Alles, was den Konkurs angeht, auch nachher zuständig. Auch ist es keinesfalls erforderlich, die Ergebnisse einer Erinnerung gegen die Schlußrechnung und eines zu ihrer Erledigung zu führenden Prozesses abzuwarten; was dann noch zur Masse fließt, kann als nach dem Beginn der Schlußvertheilung (§ 166 Abs. 2) ermittelt gelten und der Nachtheilung vorbehalten bleiben; vgl. Anm. 2 zu § 166.

2) Der Aufhebungsbeschluß soll **öffentlich bekannt gemacht** werden, § 76 Abs. 1 und der in Abs. 3 angezogene § 111 Abs. 2. Eine andere Mittheilung des Beschlusses, namentlich eine Zustellung an den G.Schuldner ist nicht vorgeschrieben. Daraus folgt, daß die Aufhebung auch ihre Wirkung erst mit der öffentlichen Bekanntmachung erhält. Die Wirkung ist in diesem Zeitpunkt einheitlich für und gegen alle Betheiligten, den G.Schuldner, die Gläubiger, Dritte. Der G.Schuldner kann begrifflich nicht in einzelnen Beziehungen oder einzelnen Betheiligten gegenüber im Zustande des Konkurses sein, für andere dagegen nicht. Vgl. Mot. 421, 438. Die Frage, ob der G.Schuldner das Recht, über die Masse zu verfügen, schon durch eine Mittheilung des Beschlusses an ihn wieder erlange, ist ohne praktische Bedeutung, da vorausgesetzt wird, daß keine Masse mehr vorhanden ist, und seine Verfügungen nur den K.Gläubigern gegenüber unwirksam sein würden, die mit der nothwendigen Bekanntmachung des Beschlusses in Wegfall kommen. Ueber die zur Vertheilung gestellte Masse sowie über das für eine Nachvertheilung Vorbehaltene kann er auch nach der Bekanntmachung nicht verfügen. Von Bedeutung ist dagegen, von welchem Zeitpunkte an die K.Gläubiger das nicht zur K.Masse gehörige Vermögen des G.Schuldners angreifen können (§ 164); auf einen nur dem G.Schuldner mitgetheilten Beschluß werden sich die K.Gläubiger gewiß nicht berufen können.

3) Der Beschluß ist **unanfechtbar**, also sofort rechtskräftig. Gegen eine Beendigung des Konkurses vor der Vertheilung aller Gegenstände der K.Masse spricht die Verantwortlichkeit des Verwalters (§ 82) und des Gerichts (§ 83 Anm. 2).

4) **Die Wirkungen der Aufhebung** sind:

a. Der G.Schuldner erhält seine Verfügungsbefugnisse wieder, insbesondere auch zur Führung der vom Verwalter für die K.Masse geführten, noch anhängigen Prozesse. Ausgenommen bleiben aber natürlich, wenn die Aufhebung vor Vollzug der Vertheilung erfolgt ist, die zu vertheilende Masse und sonst die nach § 169 noch zurückzubehaltenden Antheile und die zu einer Nachtragsvertheilung zu verwendenden oder nachträglich erst ermittelten Vermögensstücke, § 166.

b. Die Thätigkeit des Verwalters an Stelle des G.Schuldners, § 6, ist beendigt; unbeschadet jedoch der ihm noch hinsichtlich der Ausführung der Vertheilungen nach §§ 166, 168, 169 obliegenden Verpflichtungen. Für eine Fortführung schwebender Prozesse durch den Verwalter in anderen als den von den §§ 166, 168, 169 betroffenen Fällen (und vollends für neue Prozesse, auch wenn sie von einem Massegläubiger angestrengt werden) fehlt dem Verwalter als solchem (gegen Endemann S. 579) die Legitimation, RG. 27, 113; 28, 68; 31, 42; 32, 72, 429; 15. Febr. 1895, J.W. 185.

c. Die Organe der Gläubiger, der G.Ausschuß und die G.Versammlung können als solche nicht weiter thätig sein.

d. Die durch den Konkurs begründeten Unterbrechungen haben mit der Aufhebung ihr Ende; so die Unterbrechung der die K.Masse betreffenden Prozesse, CPO. § 240, des Verfolgungsrechts der Gläubiger gegen den G.Schuldner, §§ 14, 164 Abs. 1 und die Unterbrechung der Verjährung der K.Forderungen, BGB. § 209 Abs. 2 Nr. 2. Vgl. ferner § 164.

5) Durch **Absatz 3** ist angeordnet, daß außer dem schon in Anm. 2 erwähnten § 111 Abs. 2 auch noch die §§ 112 und 113 entsprechende Anwendung finden sollen. Danach

Digitized by Google

muß von Amtwegen die Aufhebung des Konkurses den Registerbehörden und der Dienstbehörde des G.Schuldners mitgetheilt und um Löschung der im Grundbuche eingetragenen Vermerke ersucht werden. Die Löschung, die gebührenfrei erfolgt (§ 115), kann auch vom Verwalter und dem G.Schuldner selbst als Betheiligten beantragt werden. Vgl. Anm. 2 zu § 113.

§ 164. (152.)

Nach der Aufhebung des Konkursverfahrens können die nicht befriedigten Konkursgläubiger ihre Forderungen gegen den Schuldner unbeschränkt geltend machen.

Für die Gläubiger, deren Forderungen festgestellt und nicht von dem Gemeinschuldner im Prüfungstermine ausdrücklich bestritten worden sind, findet gegen den Schuldner aus der Eintragung in die Tabelle die Zwangsvollstreckung unter entsprechender Anwendung der §§ 724—793 der Civilprozeßordnung statt.

Für Klagen auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel sowie für Klagen, durch welche die die Forderung selbst betreffenden Einwendungen geltend gemacht werden, oder der bei der Ertheilung der Vollstreckungsklausel als bewiesen angenommene Eintritt der Thatsache, von welcher die Vollstreckung aus der Eintragung in die Tabelle abhängt, oder die als eingetreten angenommene Rechtsnachfolge bestritten wird, ist das im § 146 Abs. 2 dieses Gesetzes bezeichnete Gericht zuständig.

E. I. 202. P. 280. 201.

1. Rechte der K.Gläubiger nach der K.Aufhebung.
2. Abs. 1 für alle K.Gläubiger.
3. Beachtung der Befriedigung im Konkurse.
4. I. Festgestellte vom G.Schuldner nicht bestrittene Forderungen.
5. Inhalt des Titels.
6. Gebrauch des Titels.
7. Gerichtszuständigkeit nach Abs. 8.
8. II. Festgestellte vom G.Schuldner bestrittene Forderungen.
9. III. Nicht festgestellte Forderungen. Präjudiz der Abweisung einer Feststellungsklage.
10. Rückforderungsrecht des G.Schuldners.
11. Schwebende Feststellungsprozesse.

1) **Rechte der K.Gläubiger nach der K.Aufhebung.** Abs. 1: Der Konkurs beseitigt die nicht befriedigten Forderungen nicht, soweit sie nicht durch einen Zwangsvergleich oder durch einen freiwilligen Erlaß beseitigt oder gemindert sind. Die Gläubiger sind nach der Aufhebung des Konkurses nicht gehindert, ihre Rechte ebenso wie vorher „unbeschränkt" geltend zu machen. Die im § 14 bestimmte Beschränkung der Zwangsvollstreckung hört auf. Auch eine nachträgliche Vertheilung gemäß § 166, wenngleich wahrscheinlich oder gewiß, braucht nicht abgewartet zu werden. Nur die für jeden Gläubiger geltenden allgemeinen Beschränkungen der Zwangsvollstreckung (so CPO. §§ 811, 850) bleiben maßgebend. Alle sonstigen partikularrechtlichen Beschränkungen dieses Rechts, insbesondere: nur neuen Vermögenserwerb in Anspruch nehmen zu dürfen oder dem Schuldner ein beneficium competentiae gestatten zu müssen, sind aufgehoben. Mot. 382, 383. Prot. 108. Dagegen ist die abgesehen von einem vorangegangenen Konkurse bestehende Rechtswohlthat der Kompetenz nach ihrer materiell-rechtlichen Natur weder durch die K.O. noch durch die C.P.O. aufgehoben worden. Mot zur C.P.O. S. 410. Sie ist aber durch Einführung des B.G.B., dem sie unbekannt ist, auf diejenigen Rechtsgebiete beschränkt, die den Landesgesetzen unterworfen geblieben sind (Familienfideikommisse, Lehen, Stammgüter. E.G. B.G.B. Art. 59), und nach diesen Landesgesetzen zu beurtheilen.

Die Vorschriften des § 164 sind auch im Falle einer Einstellung des Konkurses gemäß §§ 202—204 anwendbar (§ 206 Abs. 2); desgleichen bei der Beendigung durch Zwangsvergleich mit den aus Inhalt und Natur des Zwangsvergleichs sich ergebenden Abweichungen (§§ 193, 194).

Digitized by Google

2) Die Vorschrift des **§ 164 Abs. 1 gilt für alle K.Gläubiger** (§ 3) ohne Unterscheidung, ob ihre Forderungen im Konkurse festgestellt worden oder streitig geblieben sind, ob sie von dem G.Schuldner anerkannt oder bestritten, ob sie zum Konkurse angemeldet oder nicht angemeldet worden sind. Sie gilt auch für solche Forderungen, die im Konkurse überhaupt nicht geltend gemacht werden konnten (§ 63), insbesondere für die Zinsen seit der K.Eröffnung. Für Forderungen, die überhaupt die K.Masse nicht betroffen haben (§ 3 Anm. 4), gilt die Unbeschränktheit der Rechtsverfolgung nach wie vor.

3) Das mit der K.Aufhebung wiederhergestellte Verfolgungsrecht haben alle K.Gläubiger, **soweit sie nicht befriedigt sind.** Befriedigt sind sie, sofern ihre Forderung nicht von anderer Seite oder durch Erlaß getilgt ist, nur insoweit, als ihnen ihr Konkursantheil ausgezahlt ist. Die Beweislast bleibt dem G.Schuldner. Soweit ein Gläubiger den bei einer Vertheilung auf ihn gefallenen Betrag nicht abgehoben hat, ist der G.Schuldner befreit, auch wenn der Betrag noch nicht hinterlegt sein sollte (§ 169), es sei denn, daß der Betrag verloren gegangen ist, bevor der Gläubiger in Annahmeverzug gerathen ist. Die Gläubiger also, die überhaupt nicht am Konkurse theilgenommen haben, können wegen ihrer ganzen Forderung gegen den G.Schuldner vorgehen und, die daran theilgenommen haben, dürfen auch die im Konkursverfahren ausgeschlossenen Forderungen des § 63 geltend machen, so insbesondere die Zinsen seit der K.Eröffnung und die Kosten der Betheiligung am K.Verfahren, die der G.Schuldner nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu tragen hat.

4) I. Eine im **K. festgestellte, vom G.Schuldner im Prüfungstermin nicht ausdrücklich bestrittene Forderung** wird durch Abs. 2 mit der Wirkung eines rechtskräftigen Urtheils gegen den G.Schuldner ausgestattet und diese Wirkung tritt mit der Eintragung der festgestellten Forderung als einer solchen in die Tabelle von selbst ein. Vgl. **RG. 11**, 44; **16**, 32; **22**, 174; **24**, 45; 24. Mai 1895, J.W 329. Sie kann auch vom G.Schuldner nur mit den gegen ein rechtskräftiges Urtheil gegebenen Mitteln angegriffen werden, vgl. Anm. 11 zu § 145. Diese Wirkung tritt auch dann ein, wenn die Feststellung erst durch einen Rechtsstreit erzwungen ist, und der G.Schuldner im Prüfungstermin nur deshalb geschwiegen hatte, weil er sich nach erfolgter Verständigung für durch den Verwalter mitvertheidigt hielt. Ohne Bedeutung ist ferner, ob etwa über die Forderung vor der K.Eröffnung schon ein Rechtsstreit schwebte, in dem der G.Schuldner die Forderung bestritten hatte. Durch die im Konkurse erfolgende Feststellung ist der frühere Prozeß erledigt, dieser bedarf keiner Aufnahme mehr. Es genügt ferner die Feststellung der Forderung; wenn nur das Vorrecht bestritten war, bleibt Abs. 2 doch anwendbar, weil das Vorrecht außerhalb des Konkurses keine Bedeutung hat.

5) Durch die der Feststellung gemäß Abs. 2 gegebene Wirkung ist auch **der Inhalt des Titels** ein für alle Mal festgelegt. Auch die in den §§ 65, 69, 70 erwähnten betagten, ursprünglich nicht auf Geldwerth gerichteten, oder hinsichtlich des Geldbetrages ungewissen Forderungen, wiederkehrenden Hebungen u. s. w. behalten nach der Aufhebung des K. den Inhalt, mit dem sie festgestellt sind. Wenngleich die Vorschriften der §§ 65—70 für die K.Forderungen nur gegeben sind, um eine verhältnißmäßige Ausgleichung im K.Verfahren zu ermöglichen, so erlangt durch die ausnahmslose Allgemeinheit des Abs. 2 § 164 eine zufolge der §§ 65, 69, 70 erfolgende Feststellung auch für solche Forderungen die über das K.Verfahren übergreifende Wirkung eines Vollstreckungstitels gegen den G.Schuldner. Bedingte Forderungen können wie im Konkurse auch nach dessen Aufhebung nur als solche geltend gemacht werden. Die für aufschiebend bedingte Forderungen zurückbehaltene Sicherheit bleibt als solche bestehen (§§ 67, 68, 154, 156, 168).

Die Feststellung nach den §§ 65, 69, 70 ist auch gegen den Gläubiger eine rechtskräftige nach dem Konkurse fortwährend ihn bindende Entscheidung, so daß der Gläubiger im Falle der Anwendbarkeit des § 164 Abs. 2 nur das darin bestimmte Recht nach dem Konkurse behält, Jäger Anm. 10, Sarwey-Bossert Anm. 9, Petersen Anm. 6, Stieglitz Anm. I a. Ende, II Nr. 1, Oetker I, 441 ff., Fitting § 25 zu III; im Wesentlichen wohl auch Hellmann Anm. 3. Dem Gläubiger ist nicht gestattet, statt der Befugniß aus § 164

Digitized by Google

Abs. 2 auf Grund des ursprünglichen Rechtsverhältnisses Ansprüche zu erheben (so Schulze S. 79—81, Völderndorff 2, 489); also auch nicht abgesehen von den §§ 65, 69, 70 in andern Fällen statt eines berechneten Interesses die ursprünglich geschuldete Leistung zu fordern. Durch das System der K.O. ist der Feststellung und der Ausschließung der Erklärungen nach allen Richtungen hin entschieden der Charakter einer urtheilsmäßigen Entscheidung gegeben, und insbesondere für den Fall des § 164 Abs. 2 ist dies durch die Exekutivkraft in deutlicher Weise ausgesprochen. Dem Charakter des Urtheils, das jus facit inter partes, und nicht bloß gegen den einen oder andern Theil, entspricht ebenso wie im Falle des § 145 Abs. 2 die gleichmäßige Wirkung auch gegen den Gläubiger. Die Rücksicht, daß die Besonderheiten der §§ 65, 69, 70 durch das K.Verfahren herbeigeführt werden, kann an diesem Ergebniß einer urtheilsmäßigen Festsetzung, sobald sie erfolgt ist, nichts ändern. Sie mag den Gläubiger veranlassen, sich am Konkurse nicht zu betheiligen, um lieber seine Forderung ohne Aenderung nach der K.Beendigung geltend zu machen. Hat er sie im Konkurse und hier natürlich in konkursmäßiger Art geltend gemacht, so bleibt er daran gebunden und durch § 164 Abs. 2 beschränkt. Auch durch einen Vorbehalt bei seiner Anmeldung oder bei der Prüfung kann er sich diesen Folgen nicht entziehen. A.M. Hullmann zu § 144 (a. F.) Anm. 3 und zu § 152 (a. F.) Anm. 3. Ebenso wie die zunächst auch nur durch den Konkurs veranlaßten Aenderungen der Rechtsverhältnisse, die auf den Vorschriften der §§ 17—25 über Erfüllung von Rechtsgeschäften beruhen (vgl. Vorb. 3 vor § 17), und wie der Einfluß einer durchgeführten Anfechtung, obgleich die K.Anfechtung ebenfalls nur für den Konkurs bestimmt ist, wirkt auch eine auf die §§ 65, 69, 70 sich stützende Veränderung der Rechtsverhältnisse, sobald sie als die im § 164 Abs. 2 vorausgesetzte Entscheidung festgesetzt ist, nach dem Konkurse fort.

6) **Gebrauch des Titels.** Die Eintragung der Feststellung in die Tabelle ohne den Vermerk einer bestreitenden Erklärung des G.Schuldners ist der Vollstreckungstitel für den Gläubiger. Die Sorge dafür (nach §§ 145, 146 Abs. 7) ist also wesentlich. Ein beglaubigter Auszug aus der Tabelle, den der Gläubiger verlangen kann, C.P.O. § 299, giebt mit Vollstreckungsklausel nach C.P.O. §§ 724 ff. versehen die Grundlage zur Zwangsvollstreckung. War die Feststellung erst durch Zurücknahme des Widerspruchs oder durch dessen Beseitigung im Wege des Prozesses erfolgt, so muß die Beseitigung des Widerspruchs vorher in die Tabelle eingetragen sein, um Zwangsvollstreckung aus der „Eintragung in die Tabelle" erwirken zu können. Da die Vollstreckung „aus der Eintragung" erfolgt, und dabei die Vorschriften der C.P.O. §§ 724—793, also auch § 767 zur Anwendung kommen, so ist die Vollstreckungsklausel nach dem Antrage des Gläubigers ohne Rücksicht auf die im Konkurse erfolgten Vertheilungen zu ertheilen; auch diese Zahlungen sind nach C.P.O. § 767 vom Schuldner geltend zu machen. Voraussetzung für die Ertheilung der vollstreckbaren Ausfertigung ist die Aufhebung des K.Verfahrens, und der Eintritt dieser Thatsache ist nach § 726 C.P.O. durch öffentliche Urkunden (Bestätigung des K.Gerichts) zu beweisen, sofern dies nicht bei dem betreffenden Gerichte offenkundig ist.

Die Vollstreckungsklausel kann also nicht schon vor K.Beendigung verlangt werden. A.M. Jäger Anm. 6, Seuffert § 52 S. 392, weil die Urtheilskraft der Feststellung schon mit der Eintragung beginne, was richtig ist, aber das Verlangen nach einer vollstreckbaren Ausfertigung vor Eintritt der die Vollstreckung bedingenden Thatsache nicht rechtfertigt. Dagegen ist der gemäß Abs. 2 begründete Vollstreckungstitel ein „vollstreckbarer Schuldtitel" im Sinne des § 2 Anf.Ges. vom 21. Juli 1879 und berechtigt auch schon während des Konkurses zur Anfechtung — Anf.Ges. § 13 Abs. 5, **RG. 16**, 32; **35**, 80 ff. — Hat der Gläubiger schon die vollstreckbare Ausfertigung eines vor dem Konkurse erlangten vollstreckbaren Schuldtitels für seine festgestellte Forderung erhalten, so bedeutet die vollstreckbare Ausfertigung des Tabellenauszugs eine zweite Ausfertigung; sie unterliegt den Vorschriften der C.P.O. § 733. Ebenso umgekehrt.

7) **Gerichtszuständigkeit** nach Abs. 3. Im Abs. 3 ist die Zuständigkeit des im § 146 Abs. 2 bezeichneten Gerichts nur für den Fall einer nach Abs. 2 erfolgenden Vollstreckung bestimmt. Erfolgt die Zwangsvollstreckung aus einem anderen Titel nach der Konkurs-

Digitized by Google

beendigung, so findet Abs. 3 keine Anwendung. — Vgl. C.P.O. § 731 über die Klage auf Vollstreckungsklausel unter Nachweisung einer die Vollstreckbarkeit bedingenden Thatsache oder einer Rechtsnachfolge; C.P.O. § 732 über Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Klausel; C.P.O. § 767 über die Einwendungen, die den Anspruch selbst betreffen. Die Zeit der für § 767 Abs. 2 maßgebenden mündlichen Verhandlung vertritt für den § 164 entsprechend der Schluß der Prüfung der K.Forderung, die Zeit der Feststellung oder die letzte mündliche Verhandlung im Feststellungsprozesse. Für die Einstellung der Zwangsvollstreckung ist C.P.O. §§ 769, 770 entsprechend anwendbar. Ueber Klagen, mit denen die am Schlusse des Abs. 3 bezeichneten Thatsachen und Rechtsnachfolgen bestritten werden, vgl. C.P.O. § 768. Der § 767 findet bei ihnen keine Anwendung; die Befugniß aus § 732 wird durch sie nicht berührt. Für die Einstellung der Zwangsvollstreckung sind auch hier die §§ 769, 770 C.P.O. anwendbar.

8) II. **Festgestellte, aber vom G.Schuldner bestrittene Forderungen** müssen nach der K.Beendigung gegen den Schuldner verfolgt werden, als wenn der Konkurs nicht geschwebt hätte. RG. 22, 153. Ein Gläubiger, der für seine Forderung gegen den G.Schuldner schon vor dem Konkurse oder während des Konkurses (Anm. 2 § 12) einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat, kann daraus sofort die Zwangsvollstreckung beantragen, da die Beschränkung des § 14 mit dem Konkurse fortfällt. Mot. 386. Vgl. Obtr. 64, 366. Nach der Konkursaufhebung kann der G.Schuldner sich gemäß C.P.O. 794 Nr. 5 der sofortigen Zwangsvollstreckung zu Gunsten von K.Forderungen unterwerfen. Auch vorher schon ist eine Unterwerfung unter Zwangsvollstreckung für K.Gläubiger derartig zulässig, daß sie erst nach der K.Aufhebung wirken soll, gerade so, wie während des Konkurses nach Anm. 2 zu § 12 gegen den G.Schuldner geklagt werden, und wie dieser schon während des Konkurses mit derart beschränkter Wirksamkeit einen Vergleich mit dem Gläubiger schließen und die Forderung anerkennen kann. RG. 14. Febr. 1887 J.W. 96. — Forderungen ohne vollstreckbaren Titel müssen bei dem dafür zuständigen Gerichte eingeklagt werden. Dabei ist zu beachten, daß die Forderungen, die im Konkurse den Aenderungen der §§ 65, 69, 70 unterworfen waren, beim Bestreiten des G.Schuldners nach dem Konkurse nur in ihrer ursprünglichen Gestalt verfolgt werden können. Und zwar genügt es für den G.Schuldner, wenn er über den Konkurs hinaus die Folgen der §§ 65, 69, 70 nicht gegen sich gelten lassen will, im Prüfungstermine ausdrücklich zu bestreiten, daß gegen ihn die Forderungen anders als unter den ursprünglichen Zeitbestimmungen, Bedingungen und Besonderheiten geltend gemacht werden können. Mot. 276, 292. Eine solche bestreitende Erklärung des G.Schuldners ist nicht ein unwirksamer „Vorbehalt", sondern ist ein ausdrückliches Bestreiten der im Konkurse geltend gemachten Geldforderung, wie es im Abs. 2 als Erforderniß bezeichnet wird, um die Vollstreckbarkeit der Feststellung gegen den G.Schuldner auszuschließen. Der Grundsatz, daß der G.Schuldner die durch den Konkurs eingetretenen Veränderungen sich gefallen lassen müsse, greift hier nicht durch, da in Folge der begrifflichen Sonderung der Vertretung und Geltung im Konkurse und nach dem Konkurse durch die Konkursfeststellung allein noch keine Rechtsänderung für die Geltung nach dem Konkurse bewirkt wird. Vgl. Mot. 276, 292; Stieglitz Anm. I. 4; Sarwey-Bossert Anm. 5. A.M. für Unwirksamkeit eines solchen Bestreitens Oetker 1, 449; Petersen-Kleinfeller 9; Schulze S. 81.

Daß die im Konkurs erfolgte Feststellung, auch wenn sie im Prozeß erfolgt ist, kein Urtheil gegen den bestreitenden G.Schuldner bildet, ergiebt sich als nothwendige Folge aus Abs. 2; das Bestreiten der Forderung durch den Schuldner wäre sonst werthlos. Wie weit die in einem Feststellungsprozeß ermittelten Thatsachen gegen den G.Schuldner als erwiesen anzusehen sind, ist Frage freier Beweiswürdigung.

9) III. **Nicht festgestellte Forderungen** können ebenso wie die in Anm. 8 genannten Forderungen gegen den G.Schuldner verfolgt werden, auch wenn die Feststellungsklage des Gläubigers rechtskräftig abgewiesen ist. Durch die Abweisung ist lediglich das Verhältniß des Gläubigers zur Masse erledigt, nur die Betheiligung an der Masse ist Gegenstand der Feststellung. Vgl. Anm. zu § 144. Der G.Schuldner kann deshalb einer nach dem Kon-

Digitized by Google

kurse gegen ihn erhobenen Klage des Gläubigers nicht entgegensetzen, daß der Anspruch durch die Abweisung der Feststellungsklage erledigt sei, und zwar nicht nur dann, wenn die Klage aus konkursprozessualem Grunde, sondern auch, wenn sie materiell abgewiesen ist. Vgl. auch Sarwey-Bossert Anm. 9; Völderndorff zu 6; Petersen-Kleinfeller Anm. 10; Jäger Anm. 3 zu § 147; a. M. Dernburg 2 § 115 Anm. 22.

10) Aus demselben Verhältnisse folgt indeß auch, daß Beträge, die ein Gläubiger auf Grund der K.Feststellung aus der K.Masse erhalten hat, gegen ihn nach dem Konkurse von dem G.Schuldner nicht wieder streitig gemacht und nicht mit der Bereicherungsklage zurückgefordert werden können, der G.Schuldner mag bei der Prüfung widersprochen haben oder nicht. Denn soweit die Betheiligung an der Masse in Frage stand, war der G.Schuldner durch den Verwalter rechtsverbindlich vertreten worden und hat seine eigene Erklärung für die Feststellung und deren Folgen keine Bedeutung. In Betreff der Wirkung für die K.Masse hat der G.Schuldner daher auch nach dem Konkurse nur dieselben Angriffsmittel gegen die Feststellung, wie der Verwalter selbst, an dessen Stelle er in dieser Beziehung nach der K.Aufhebung lediglich eintritt, also die in Anm. 11 zu § 145 angegebenen Rechtsbehelfe. Vgl. R.O.H. 20, 41; Stieglitz Anm. II.; Oetker 1, 423; Petersen Anm. 11. Abw. wollen Sarwey-Bossert Anm. 9; Völderndorff zu b; Seligsohn in Busch 9, 410 dem G.Schuldner die condictio indebiti gewähren, wenn er bei der Prüfung widersprochen hat, und zwar mit Rücksicht darauf, daß § 144 Abs. 2 einen Rechtsstreit zwischen dem Gläubiger und dem bestreitenden Schuldner zuläßt. Indeß dies ist für die Erhebung aus der K.Masse nicht entscheidend; dafür ist vielmehr maßgebend, daß nach §§ 144, 146 für den Gläubiger die Verfolgung eines solchen Rechtsstreits nicht nöthig ist, um Rechte an der Masse erwerben zu können.

11) Schwebt bei der K.Beendigung noch ein Feststellungsstreit, so ist er zwischen den bisherigen Gegnern zur Entscheidung über die Feststellung fortzusetzen. Hat ein Gläubiger widersprochen, so bleibt er immerhin an dem für die Masse nach §§ 152, 166, 168 Nr. 1 frei werdenden Betrage interessirt und für den Streit legitimirt. Ein Eintritt des G.Schuldners in die Stelle des Widersprechenden findet nicht statt. Auch wenn der Verwalter widersprochen hat, bleibt er, da er im Interesse aller K.Gläubiger wie des G.Schuldners handelt, zur Führung der Prozesse über die von §§ 166, 168 betroffenen zurückbehaltenen Beträge ferner legitimirt, RG. 28, 68.

§ 165.

Hat der Schuldner den Prüfungstermin versäumt, so ist ihm auf Antrag die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu ertheilen. Die Vorschriften des § 232 Abs. 2 und der §§ 233—236 der Civilprozeßordnung finden entsprechende Anwendung. Der den Antrag auf Wiedereinsetzung enthaltende Schriftsatz ist dem Gläubiger zuzustellen, dessen Forderung nachträglich bestritten werden soll. Das Bestreiten in diesem Schriftsatze steht, wenn die Wiedereinsetzung ertheilt ist, dem Bestreiten im Prüfungstermin gleich und ist in die Tabelle einzutragen.

K.O.N.

1. Grund der Bestimmung.
2. Wiedereinsetzungsgrund.
3. Antragsfrist.
4. Antragsgegner.
5. Gericht.
6. Wiedereinsetzungsantrag.
7. Verfahren.
8. Wirkung des Beschlusses.

1) Grund der Bestimmung ist die Unbilligkeit, die darin liegt, daß den G.Schuldner die schwerwiegenden Folgen des Nichtbestreitens einer Forderung (vgl. §§ 164 Abs. 2, 194, § 206 Abs. 2) selbst dann treffen, wenn er durch höhere Gewalt am Bestreiten verhindert worden ist. Nach Analogie der C.P.O. ist dem G.Schuldner für diesen Fall die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt worden. Mot. II S. 44. In der Kommission zur Berathung der K.O.N. war vorgeschlagen, statt dessen dem G.Schuldner die Einwen-

Digitized by Google

bungen gegen den gemäß § 164 Abs. 2 erlangten Titel ohne die Beschränkung der C.P.O. § 767 Abs. 2 zu gestatten, ein dahin gehender Antrag ist aber abgelehnt. Komm.Ber. zur K.O.N. S. 33.

2) **Wiedereinsetzungsgrund** ist, daß der G.Schuldner in Folge von Naturereignissen oder anderen unabwendbaren Zufällen den Prüfungstermin versäumt hat. (Vgl. Wilmowski u. Levy C.P.O. Anm. zu § 211 a. F.) Auch der Tod des G.Schuldners, der wohl den Prozeß, aber nicht den Konkurs unterbricht, kann als solches Naturereigniß in Betracht kommen. Versäumung des Termins bedeutet sodann nicht nur, daß der G.Schuldner im Prüfungstermin überhaupt nicht anwesend gewesen ist. Auch die unverschuldete Unmöglichkeit, im Termin während der Erörterung über die in Frage kommende Forderung bis zur Eintragung der Feststellung in die Tabelle eine Erklärung abzugeben, ist eine, wenn auch nur theilweise vorhandene, Versäumung des Termins. Eine Wahrnehmung des Termins kann nur dann angenommen werden, wenn der Betheiligte auch im Stande ist, dabei seinen Obliegenheiten nachzukommen. — Ein Versehen des Vertreters ist durch Anziehung von C.P.O. § 232 Abs. 2 auch hier von der Berücksichtigung ausgeschlossen worden. Die besonderen Wiedereinsetzungsfälle der C.P.O. § 233 Abs. 2 und § 235 können im Konkurse nicht vorkommen.

3) **Die Frist zum Antrag auf Wiedereinsetzung** ist durch C.P.O. § 234 in doppelter Weise dadurch begrenzt, daß der Antrag innerhalb zwei Wochen nach Aufhebung des Hinderniſſes und innerhalb eines Jahres nach dem Prüfungstermin dem Gegner zugestellt sein muß. Eine weitere Begrenzung mit Petersen-Kleinfeller Anm. 2 dahin anzunehmen, daß der Antrag nach K.Beendigung nicht mehr gestellt werden dürfe, liegt keine Veranlassung vor. Ebenso Jäger Anm. 5. Die Frist kann durch Parteivereinbarung nicht verlängert werden. C.P.O. § 234 Abs. 2.

4) **Antragsgegner** ist lediglich der Gläubiger, dessen Forderung bestritten werden soll. Der Verwalter ist nicht betheiligt, weil der Widerspruch des G.Schuldners ohne jeden Einfluß auf den Konkurs und dessen Erledigung ist und sich nur auf die Zeit nach der Beendigung des K. bezieht. A. M. Jäger Anm. 9.

5) Das auf den Antrag entscheidende **Gericht** ist — in Ermangelung eines anderen bestimmten — **das K.Gericht**. Es bleibt auch für einen nach K.Beendigung gestellten Antrag zuständig (Anm. 3). Gegen den Beschluß steht jedem Betheiligten, also dem G.Schuldner und dem Gläubiger, dessen Forderung bestritten werden soll, die sofortige Beschwerde zu.

6) Der **Wiedereinsetzungsantrag** muß gemäß C.P.O. § 236 enthalten:

1. die Angabe der die Wiedereinsetzung begründenden Thatsache,
2. die Angabe der Mittel für deren Glaubhaftmachung,
3. in entsprechender Anwendung von C.P.O. § 236 Abs. 1 Nr. 3 das Bestreiten der namhaft zu machenden Forderung des Gläubigers.

7) **Verfahren.** Der Antrag muß dem Gegner zugestellt werden, der Nachweis der rechtzeitigen Zustellung gehört zu den Erforderniſſen für den Erlaß des Beschlusses auf Wiedereinsetzung. Es ist deshalb zweckmäßig, zunächst die Zustellung zu bewirken und demnächst den Antrag wie Zustellungsurkunde dem Gericht einzureichen. Eine Ladung ist nicht erforderlich, weil das Gericht ohne mündliche Verhandlung entscheiden kann (§ 73). Diese kann jedoch angeordnet werden und wird häufig zweckmäßig sein. Der erlassene Beschluß ist dem G.Schuldner und dem Gläubiger von Amtswegen zuzustellen. (§ 73 Abs. 2.)

8) **Die Wirkung** des Beschlusses auf Wiedereinsetzung ist, daß die Forderung des in Betracht kommenden Gläubigers nunmehr vom G.Schuldner bestritten ist und daß damit die Folgen des § 164 Abs. 2, § 194, § 206 Abs. 2 ausgeschlossen sind. Das Bestreiten des G.Schuldners ist nach Rechtskraft des Beschlusses in die Tabelle einzutragen.

§ 166. (153.)

Wenn nach dem Vollzuge der Schlußvertheilung Beträge, welche von der Masse zurückbehalten sind, für dieselbe frei werden, oder Beträge, welche aus

Digitized by Google

der Masse gezahlt sind, zur Masse zurückfließen, so sind dieselben von dem Verwalter nach Anordnung des Konkursgerichts auf Grund des Schlußverzeichnisses zur nachträglichen Vertheilung zu bringen. Die über die Verwaltung und Vertheilung solcher Beträge abzulegende Rechnung unterliegt der Prüfung des Konkursgerichts.

Dasselbe gilt, wenn nach der Schlußvertheilung oder der Aufhebung des Verfahrens zur Konkursmasse gehörige Vermögensstücke ermittelt werden.

E. I. 160. P. 278.

1. Grenze zwischen Schluß- und Nachtragsvertheilung.
2. Gegenstand der Nachtragsvertheilung.
3. Frei werdende und zurückfließende Beträge.
4. Nachträglich ermittelte Vermögensstücke.
5. Verfahren der Nachtragsvertheilung.
6. Befugnisse des Verwalters.
7. Anordnung des Gerichts.

1) Die **Abgrenzung zwischen Schlußvertheilung und Nachtragsvertheilung** ist streitig. Gewöhnlich (so auch in den früheren Aufl.) wird die Bestimmung des Gesetzes über den Beginn des Nachverfahrens lediglich in den Ausdrücken „nach Vollzug der Schlußvertheilung" (Abs. 1), „nach der Schlußvertheilung" (Abs. 2) gefunden. Diese Bezeichnungen haben aber im Wesentlichen die Bedeutung, daß sie bestimmen, was selbst nach der scheinbaren Erledigung des Verfahrens noch zur Vertheilung gebracht werden kann. Zudem ist die Auslegung dieser Ausdrücke sehr verschieden. Sie sollen bedeuten „nach der Beendigung der Schlußvertheilung" oder „nach dem Beginne des Vollzuges" und diese wieder wird von den Meisten in den Augenblick nach der Berechnung für die Schlußvertheilung, von Stieglitz Anm. II schon in die Berechnung des Verwalters gelegt. Die Absicht des Gesetzes läßt sich aus der Bestimmung des § 172 entnehmen. Danach werden den Massegläubigern gegenüber die Massen für die einzelnen Vertheilungen festgelegt und die für die Schlußvertheilung bestimmte Masse darf von Massegläubigern, die sich nicht bis zum Ende des Schlußtermins gemeldet haben, nicht mehr in Anspruch genommen werden. Wohl aber dürfen sie aus den noch zur Masse gehörigen Beträgen, die nicht der Schlußvertheilung unterliegen, Befriedigung verlangen, bis wieder die Bekanntmachung der Nachtragsvertheilung die deren Gegenstand bildende Masse ihrem Zugriff entzieht. Daraus ergiebt sich, daß die am Ende des Schlußtermins zur Vertheilung bestimmte Masse der Schlußvertheilung, alle anderen Gegenstände aber der Nachtragsvertheilung anheimfallen.

2) Der **Gegenstand der Nachtragsvertheilung** ist durch die Abgrenzung der Nachtragsvertheilung gegen die Schlußvertheilung und durch den Konkurszweck gegeben. Nur was nicht schon der Schlußvertheilung unterliegt, kann zur Nachtragsvertheilung gezogen werden und diese hat dafür die Aufgabe, alle Gegenstände, die der Schlußvertheilung aus thatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht unterzogen werden konnten oder sollten, noch dem Konkurszwecke dienstbar zu machen. Von einer Nachtheilung sind danach nur solche Gegenstände ausgeschlossen, die schon vor „Vollzug der Schlußvertheilung" dem Konkurszwecke entfremdet waren, das heißt solche, die der Verwalter hätte verwerthen können, die er aber, ohne sie bei der Bekanntgabe der Theilungsmasse oder der darauf folgenden Erörterung im Schlußtermin, § 162, zu erwähnen, nicht verwerthet hat. Von solchen Gegenständen muß man annehmen, daß er sie nicht zur K.Masse hat ziehen *wollen* und daß sie deshalb in die Verfügung des G.Schuldners zurückgefallen sind. Alle anderen Gegenstände oder die aus ihrer Verwerthung gewonnenen Beträge *können* auch noch nachträglich vertheilt werden. Die Bestimmungen des § 166 sind in dieser Beziehung nicht so zu verstehen, als wenn nur die darin erwähnten Fälle einer Nachtragsvertheilung möglich wären, sondern dahin, daß in diesen Fällen immer eine Nachtragsvertheilung zulässig ist, auch wenn von vornherein an eine solche nicht gedacht war. Es sind demnach namentlich die bei der Schlußvertheilung von Verwalter, Gläubigern und Gericht ausdrücklich einer späteren Vertheilung vorbehaltenen Gegenstände dann auch einer solchen unterworfen. Es wird dies nur ausnahmsweise geschehen, weil nach § 161 die Schluß-

Digitized by Google

vertheilung erst erfolgen soll, wenn die Verwerthung der Masse beendigt ist. Da aber andererseits noch im Schlußtermin über „nicht verwerthbare" Vermögensstücke, das heißt vorher nicht verwerthbare, verhandelt werden kann, § 162, auch die Aufhebung des Konkurses nicht von dem Vollzuge der Vertheilung abhängt, vielmehr schon vorher erfolgen kann, Anm. 1 zu § 163, und es oft im Interesse der Gläubiger und des G.Schuldners liegt, den Konkurs zu beenden, so kann es wohl vorkommen, daß die Beendigung langwieriger Prozesse über einen zur Masse gehörigen Gegenstand oder die schwierige Verwerthung eines solchen nicht abgewartet werden sollen und daß deshalb beschlossen wird, die betroffenen Gegenstände einer Nachtragsvertheilung vorzubehalten. Bei solchem Beschluß ist es ganz ausgeschlossen, daß eine Freigabe an den G.Schuldner erfolgen sollte; der Verwalter behält deshalb auch bei diesen Gegenständen noch nach Aufhebung des Konkurses die Verfügungsgewalt und die Befugniß zur nachträglichen Vertheilung. Vgl. RG. 28, 68 ff.

Dazu kommen dann die Fälle der § 166, der solche Beträge bezeichnet, über die bei der Schlußvertheilung überhaupt nicht verfügt werden konnte, weil sie entweder noch anderen Zwecken dienten, oder als zur K.Masse gehörig nicht bekannt waren, s. Anm. 3, 4.

3) Außer den ausdrücklich für die Nachtragsvertheilung vorbehaltenen Beträgen (Anm. 2) sind im § 166 Abs. 1 die nachträglich für die Masse frei werdenden und zur Masse zurückfließenden Beträge und in Abs. 2 die nachträglich ermittelten Vermögensstücke genannt. **Die frei werdenden und zurückfließenden Beträge** sind:

I. Beträge, die, früher in der Masse zurückbehalten, „nach dem Vollzuge der Schlußvertheilung" frei werden:

a) der für eine streitig gebliebene Forderung gemäß § 152, § 168 Z. 1 zurückbehaltene Betrag, wenn der Gläubiger in dem Rechtsstreit unterliegt;

b) der für eine aufschiebend bedingte Forderung gemäß § 154, § 168 Z. 2 zurückbehaltene Betrag, wenn die Bedingung ausfällt;

c) der für eine auflösend bedingte Forderung wegen mangelnder Sicherheitsleistung gemäß § 168 Z. 4 zurückbehaltene Betrag, wenn die Bedingung eintritt.

II. Beträge, die, aus der Masse gezahlt, „nach dem Vollzuge der Schlußvertheilung" zur Masse zurückfließen:

a) irrthümlich gezahlte Beträge;

b) der auf eine auflösend bedingte Forderung gemäß § 66 gezahlte Betrag, wenn die Bedingung eintritt;

c) der zur Sicherung der Aufrechnung einer aufschiebend bedingten Forderung gemäß § 54 Abs. 3 hinterlegte Betrag, wenn die Bedingung ausfällt.

Auch die zu I bezeichneten frei werdenden Beträge sind als zur Masse zurückfließend zu bezeichnen, wenn sie gemäß § 169 für Rechnung des Betheiligten hinterlegt sind.

Diese Beträge müssen nach dem Ende des Schlußtermins frei geworden sein oder zur Masse zurückgeflossen sein, um der Schlußvertheilung entzogen und der Nachtragsvertheilung unterworfen zu werden. Sind sie schon vorher frei geworden oder zurückgeflossen, so kommt es darauf an, ob der Verwalter davon Kenntniß erlangt hat oder nicht. Hat er keine Kenntniß erlangt, so fallen die Beträge unter die nachträglich ermittelten Vermögensstücke. Hat er die Kenntniß erlangt, so muß er sie noch zur Schlußvertheilung bringen, widrigenfalls sie dem Konkurszweck überhaupt entzogen sind. Vgl. Anm. 2.

4) Ebenso ist für **Vermögensstücke, die erst nachträglich ermittelt werden,** die Kenntniß des Verwalters ausschlaggebend. Wenn Gegenstände durch die K.Beendigung ausdrücklich oder stillschweigend aus irgend einem, wenngleich irrthümlichen Grunde (weil sie etwa für werthlos gehalten sind oder angenommen wurde, daß darüber bereits verfügt sei) dem G.Schuldner überlassen sind, vgl. Anm. 2, so sind sie aus der K.Masse ausgeschieden und können nicht mehr dem G.Schuldner entzogen und nicht noch ermittelt werden, RG. 25, 7. Sie können daher dann auch Gegenstand von Angriffen für Gläubiger des Schuldners sein; diesen kann auch (gegen RG. 25, 7) nicht entgegengesetzt werden, daß sie gewußt haben oder haben wissen müssen, der Verwalter hätte sie zur

Digitized by Google

Masse ziehen können; der Gläubiger hat keine Verpflichtung. dies anzuzeigen oder Irrthümer aufzuklären und verletzt durch Verschweigen keine Rechtspflicht. Unter „Ermitteln" im Sinne des Abs. 2 ist sprachgebräuchlich nur das Bekanntwerden von zugehörigen Gegegenständen zu verstehen, nicht aber das Nachweisen bekannter gegenüber einem Gegner, der die Zugehörigkeit zur K.Masse bestreitet, während der Verwalter sie behauptet. Die Gegenstände schwebender Prozesse über Ansprüche für die Aktivmasse sind deshalb, abgesehen von den durch die Schlußrechnung veranlaßten Prozessen, nicht zur Nachtragsvertheilung zu verweisen, wenn sie nicht ausdrücklich dafür vorbehalten sind, Anm. 2. Abw. Fitting § 43 Anm. 4 (weil auch die Beseitigung von Ungewißheit nach § 75 zum Ermitteln gehöre), Völderndorff zu i; Endemann S. 567. Doch wird nicht verlangt, daß der Verwalter von dem Vorhandensein der Vermögensstücke überhaupt nichts wußte, wenn er nur ihre Zugehörigkeit zur Masse nicht kannte, so Gegenstände, die er für veräußert hielt, RG. 25, 7, und Forderungen, die er für getilgt hielt, weil ihm angeblich höhere Gegenforderungen gegenüberständen RG. 36, 20. Ferner gehören dazu Gegenstände, die der G.Schuldner während des Konkurses durch ein nach § 7 unwirksames Rechtsgeschäft veräußert hat, weil die Gegenstände zur Masse gehören und den K.Gläubigern gegenüber als nicht veräußert gelten; nicht aber Gegenstände, die zwar vorher nicht bekannt gewesen, aber erst nach der K.Beendigung vom G.Schuldner veräußert sind, weil diese Veräußerung weder von selbst unwirksam ist noch der Konkursanfechtung unterliegt. Auch Gegenstände, die vom G.Schuldner vor der K.Eröffnung anfechtbar veräußert sind, können nur, solange der Konkurs noch nicht beendigt ist, durch Anfechtung zur Masse gezogen werden, nachher nicht mehr, auch wenn die anfechtbare Rechtshandlung erst nach dem Schlußtermin dem Verwalter bekannt wird, weil solche Gegenstände nicht mehr Bestandtheile des Vermögens des G.Schuldners sind, und die nur während des Konkurses zulässige K.Anfechtung und die entsprechende obligatorische Verpflichtung nicht nach der K.Beendigung die Wirkung hat, einen früher vielleicht möglichen Anspruch noch ferner zu ermöglichen. Nach der K.Beendigung steht das Anfechtungsrecht wieder den einzelnen Gläubigern zu. RG. 31, 40.

5) **Das Verfahren der Nachtragsvertheilung** ist außer der aus § 172 zu entnehmenden Vorschrift, daß sie bekannt zu machen ist, besonderen Vorschriften nicht unterworfen, unterliegt also der für alle Vertheilungen im § 151 gegebenen Bestimmung. Danach erfolgt die Vertheilung auf Grund eines Verzeichnisses nach vorheriger Bekanntmachung der Theilungssumme, die einen Theil der Bekanntmachung der Vertheilung zu bilden hat. Die Nachtragsvertheilung schließt sich also an die Schlußvertheilung an, wie die Schlußvertheilung an eine Abschlagsvertheilung: nur der noch nicht vertheilte Massebestand kommt in Betracht. Als das der Nachtragsvertheilung zu Grunde liegende Verzeichniß ist im § 166 **das Schlußverzeichniß** bestimmt. Selbstverständlich ist damit das Verzeichniß in der Gestalt gemeint, die es nach den vom Verwalter gemäß § 157 vorgenommenen Aenderungen und der auf Einwendungen gemäß § 162 Abs. 2 erfolgten Berechtigungen angenommen hat. Daraus folgt, daß die mit der Ausschlußfrist gegen das Schlußverzeichniß von der Schlußvertheilung ausgeschlossenen Gläubiger auch von der Nachtragsvertheilung ausgeschlossen sind. Die Veröffentlichung des Massebestandes, die nach § 151 erfolgen muß, bringt deshalb hier nicht die im § 152 vorgeschriebene Ausschlußfrist zum Laufen, sie hat vielmehr nur den Zweck, die Hebungsberechtigten von dem auf sie fallenden Antheil in Kenntniß zu setzen. An die Bekanntmachung kann sich die Vertheilung unmittelbar anschließen. Masseansprüche, die bis zur Wirksamkeit der Bekanntmachung dem Verwalter bekannt werden, sind vorweg zu befriedigen.

6) Die in § 166 ausgesprochene **Befugniß des Verwalters** zur Vornahme der Vertheilung enthält nothwendiger Weise auch die Befugniß, die frei werdenden und zurückfließenden Beträge und die ermittelten Vermögensstücke in Besitz zu nehmen, sie zu verwerthen, über sie Rechtsstreitigkeiten zu führen, RG. 28, 68. „Die Bewilligung eines nachträglichen Honorars ist nicht ausgeschlossen. Sollte er (der Verwalter) nicht mehr zu haben sein, so müßte das Gericht einen Vertreter ad hoc bestellen." Mot. 386. Die Prüfung der Rechnung über die Verwaltung der Nachtragsgegenstände und deren Vertheilung ist

Digitized by Google

dem K.Gericht übertragen, da die G.Versammlung und ein etwaiger G.Ausschuß thätig zu sein aufgehört haben.

7) Die Nachtragsvertheilung soll **„nach Anordnung des K.Gerichts"** erfolgen. Hierdurch ist für dies Verfahren die Offizialthätigkeit des Gerichts bestimmt. Das Gericht kann das Verfahren von Amtswegen veranlassen, sobald es von Gegenständen dafür Kenntniß erhält. Indeß ist der Antrag des Verwalters, sofern er noch vorhanden ist, oder eines K.Gläubigers nicht ausgeschlossen. Gegen die Ablehnung des Antrags würde dem Antragsteller nach den allgemeinen Grundsätzen des § 73 die Beschwerde zustehen; gegen die Anordnung der Nachtragsvertheilung haben der Verwalter wie der G.Schuldner als Betheiligte die Beschwerde. Abw. erklärt Fitting § 43 Anm. 6 Anordnung und Ablehnung für unanfechtbar, weil sie ganz vom Ermessen (?) des Gerichts abhängig seien; desgleichen Oetker 1, 419, weil es sich um einen Verwaltungsakt handele, vgl. dagegen Anm. 6 zu § 73.

§ 167. (154.)

Der Vollzug einer jeden Vertheilung erfolgt durch den Verwalter.

E. I. 159. 161. 163—165.

In welcher Weise die Auszahlung der zahlbaren Beträge erfolgt, wird sich nach der Uebereinkunft des Verwalters und der Betheiligten richten. Im Streitfalle entscheiden die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts über Ort, Zeit und Art der Auszahlungen, sowie über die Berechtigung zum Empfang (Vollmacht und Vertretung).

In Betreff des Ortes der Auszahlung ist allgemein anzunehmen, daß die Gläubiger ihre Antheile beim Verwalter zu holen haben und er sie ihnen nicht zu schicken braucht; sie sollen sie nach § 169 „erheben", wenn sie nicht hinterlegt werden sollen, und die Mittheilung des Prozentsatzes, § 159 Abs. 2, soll sie in den Stand setzen, die ihnen gebührende Dividende „zu erheben". Mot. 380. Anweisungen des Verwalters auf die Hinterlegungsstelle braucht der Gläubiger nicht anzunehmen; der Verwalter hat kein Recht zu bestimmen, daß die Antheile bei Anderen zu holen sind. A.M. Stieglitz zu § 154. — Jeder Gläubiger hat entsprechend dem Verhältnisse, das dem § 82 zu Grunde liegt, ein unmittelbares Klagrecht gegen den Verwalter. Der Gläubiger ist im Verzuge, wenn er in Folge der Mittheilung des Verwalters in entsprechender Zeit die Erhebung nicht bewirkt, und dann wird der Verwalter zur Hinterlegung nach § 169 berechtigt. Wegen der Kollisionen zwischen verschiedenen Prätendenten für dieselbe Forderung oder zwischen dem festgestellten Gläubiger und einem angeblichen Rechtsnachfolger für dieselbe Forderung vgl. Anm. 4 § 142 und Anm. 6 § 145. Verlangt ein Dritter als angeblicher Rechtsnachfolger des festgestellten Gläubigers nach Feststellung des Schlußverzeichnisses (vgl. Anm. 4 § 142) die Auszahlung, ohne daß eine solche Kollision feststeht, so muß er dem Verwalter die unzweifelhafte Rechtsnachfolge nachweisen, nöthigenfalls im Prozeßwege, wobei der Verwalter dem festgestellten Gläubiger den Streit verkünden mag. Ist das Gläubigerrecht außer der Feststellung auch durch den Besitz einer Urkunde (Wechsel, Inhaber-Papier ꝛc.) bedingt, so muß er sich zur Erlangung der Zahlung durch Vorlegung der Urkunde ausweisen.

§ 168. (155.)

Die Antheile

1. auf Forderungen, welche in Folge eines bei der Prüfung erhobenen Widerspruchs im Prozesse befangen sind,
2. auf Forderungen, welche von einer aufschiebenden Bedingung abhängen,
3. auf Forderungen, für welche eine abgesonderte Befriedigung beansprucht und der Vorschrift des § 153 Abs. 2 genügt ist,
4. auf Forderungen unter auflösender Bedingung, sofern der Gläubiger

Digitized by Google

zu einer Sicherheitsleistung verpflichtet ist und die Sicherheit nicht leistet,

werden zurückbehalten.

E. I. 162. 153. P. 246 ff. 250 ff. 255.

1. Geltungsgebiet.
2. Einzelfälle.
3. Dauer der Zurückbehaltung.

1) **Die Vorschriften des § 168 gelten für alle** (Abschlags-, Schluß- und Nachtrags-) **Vertheilungen,** soweit sie dafür anwendbar sein können; vgl. Anm. 2 III. Durch § 168 verb. mit §§ 152—154 ist zugleich bestimmt, daß nur aus einem der Gründe des § 168 eine Zurückbehaltung der Antheile erfolgen kann. Die Entscheidung von Streitigkeiten darüber, ob für eine im Verzeichnisse aufgenommene Forderung der Antheil zurückbehalten oder auszuzahlen ist, gehört nicht zu dem Einwandsverfahren der §§ 158, 162 und ist nicht dem K.Gerichte übertragen, sondern vom Prozeßgerichte zu treffen, RG. 21, 338. Auch nach der K.Beendigung sind Prozesse über solche Streitigkeiten unter den Parteien oder gegenüber dem K.Verwalter zulässig und fortzusetzen, vgl. Anm. 4 § 163 und Anm. 1 § 164.

2) **Die einzelnen Zurückbehaltungsgründe.**

I. **Zu Nr. 1:** Die Zurückbehaltung der Antheile für streitig gebliebene Forderungen hat gemäß § 146 Abs. 1, 6, § 152 eine verschiedene Bedeutung:

a) Für die, bei denen ein besonderer Schuldtitel im Sinne des § 146 Abs. 6 vorliegt. Der Antheil ist zurückzubehalten, wenn vor der Auszahlung der Widersprechende dem Verwalter nachweist, daß er seinen Wiederspruch durch Prozeß gemäß § 146 Abs. 6 verfolgt hat, oder wenn der Verwalter im Falle seines Widerspruchs diesen nach § 146 Abs. 6 im Prozeßwege verfolgt hat, ohne Rücksicht auf die Ausschlußfrist des § 152. Wird ein solcher Nachweis nicht geführt, so ist dem Gläubiger die Dividende zu zahlen. Dem im § 162 Nr. 1 behufs der Zurückbehaltung aufgestellten Erfordernisse, daß die Forderung in Folge eines Widerspruchs „im Prozesse befangen" ist, ist beim Widerspruch Mehrerer schon genügt, wenn ein Widersprechender den Prozeß anhängig gemacht hat. Ist er abgewiesen und für einen Anderen ein Prozeß nicht anhängig gemacht, so ist der Antheil an den Liquidanten zu zahlen, weil dann der alleinige in § 168 Nr. 1 beruhende Grund zur Verhinderung der Auszahlung nicht besteht, und für die Empfangsberechtigung solcher Gläubiger nach § 152 nicht nöthig ist, daß sie festgestellt sind, also nicht, daß alle Widersprüche beseitigt sind.

b) Für andere nach § 146 Abs. 1, 2, 3 vom Gläubiger zu betreibende Forderungen. Für sie ist eine Dividende nur zu berechnen, also auch nur zurückzubehalten, wenn gegen alle Widersprechenden geklagt oder der Prozeß aufgenommen worden ist, Anm. 8 § 152.

Die Vorschrift des § 168 Nr. 1 setzt einen bei der Prüfung erhobenen Widerspruch voraus; auf Forderungen, die festgestellt sind, deren Tilgung jedoch der Verwalter behauptet, findet § 168 Nr. 1 mit Rücksicht auf § 145 auch nicht entsprechend Anwendung, sondern nur C.P.O. §§ 767, 769; der § 168 verträgt in seiner positiven Bestimmtheit überhaupt keine analoge Ausdehnung. Vgl. Oetker 1, 374 gegen RG. 21, 339. — Der Zurückbehaltungsgrund zu Nr. 1, der bei Abschlags- und Schlußvertheilungen vorkommen kann, kann auch mit einem der Gründe zu Nr. 2—4 konkurriren.

II. **Zu Nr. 2** vgl. Anm. 2, 3 zu § 154.

III. Der Grund **zu Nr. 3** ist nur bei Abschlagsvertheilungen anwendbar. Anm. 3 zu § 153. Den Absonderungsberechtigten sind die Pfandgläubiger der Pfandbriefbanken und die Versicherten einer Lebensversicherung (vgl. Anm. 4 zu § 153), ferner die Gläubiger gleichgestellt, die bei gleichzeitig schwebendem Gesellschafts- oder Nachlaßkonkurse Gesellschafts- oder Nachlaßgläubiger sind, §§ 212. 234, Nachlaßgläubiger auch in ähnlicher Sachlage, Anm. 5, 6 zu § 153.

IV. **Zu Nr. 4.** Für die Zurückbehaltung oder Auszahlung der Antheile für auflösend bedingte Forderungen ist maßgebend, ob der Gläubiger gemäß dem zwischen

Digitized by Google

ihm und dem G.Schuldner bestehenden Rechtsverhältnisse nach dem bürgerlichen Rechte verpflichtet ist, Sicherheit für die von ihm bei Eintritt der auflösenden Bedingung zu leistende Rückgewähr zu bestellen. Anm. 2 § 66, Anm. 9 § 67. Ist diese Frage nicht schon bei der Prüfung der Forderung oder durch beiderseitiges Einverständniß erledigt, so muß der Gläubiger, falls er seine Verpflichtung bestreitet, gegen den Verwalter, der von dem Zurückbehaltungsrechte zu 4 (bei Abschlags- oder Schlußvertheilungen) Gebrauch macht, auf Auszahlung klagen; oder der Verwalter selbst kann nach C.P.O. § 256 klagen. Jedenfalls hat der Verwalter für die von ihm behauptete Verpflichtung des Gläubigers die Beweislast. Eine Bestimmung, von wem und wann die Sache zur Erledigung zu bringen sei, ist in der K.O. nicht getroffen. Wird der Antheil zurückbehalten und im Prozeßwege nicht das Recht zur Auszahlung erwirkt, so bleibt der Betrag (§ 169) hinterlegt, bis sich ergiebt, ob die auflösende Bedingung eintritt. Er kommt nöthigenfalls nach § 166 zur Nachtragsvertheilung.

3) **Bis wann eine Zurückbehaltung stattfinden kann** und ob die Antheile an die Gläubiger zu zahlen sind oder zur Masse fließen, richtet sich darnach, ob, wann und zu wessen Gunsten — des Gläubigers oder der K.Masse — das Hinderniß der Zahlung an den Gläubiger fortgefallen oder die Beträge für eine fernere Vertheilung freigeworden sind. Dies richtet sich zu 1 nach dem Ausfalle des Prozesses, zu 2 nach § 154, zu 3 nach § 153 und zu 4 nach vorst. Anm. 2 IV. Ist der Konkurs ohne Schlußvertheilung aufgehoben, dann kann auch eine Auszahlung an den G.Schuldner in Frage kommen.

§ 169. (156.)

Die Beträge, welche bei dem Vollzuge der Schlußvertheilung zurückzubehalten sind, oder welche bis zu diesem Zeitpunkte nicht erhoben werden, hat der Verwalter nach Anordnung des Gerichts für Rechnung der Betheiligten zu hinterlegen.

E. I. 165. 159.

1. Hinterlegung durch den Verwalter.
2. Anordnung des Gerichts.
3. Zu hinterlegende Beträge.
4. Rechtsfolge der Hinterlegung.

1) Beträge, die bei der Schlußvertheilung zurückbehalten oder bis dahin nicht erhoben sind, **sollen vom Verwalter** gemäß der „Anordnung des Gerichts" **hinterlegt werden,** um nach Beseitigung des G.Ausschusses und der G.Versammlung eine Kontrollirung des Verwalters eintreten zu lassen.

Nur über die Zurückbehaltung bei Schlußvertheilungen bestimmt § 169. Die bei Abschlagsvertheilungen zurückbehaltenen oder nicht erhobenen Beträge bleiben bis dahin in der Masse, der die etwaigen Zinsen zuwachsen. Den Gläubigern ist auf Zinsen oder auf zinsbare Anlegung zu ihren Gunsten kein Recht eingeräumt. Besondere Massen werden dafür nicht gebildet.

Der Verwalter wird dem Gerichte die Ausführung der Schlußvertheilung nachweisen müssen, da das Gericht sonst nicht sehen kann, ob dem § 169 entsprochen wird, wie der Verwalter ohnehin verpflichtet ist, dem Gerichte den Vollzug der Schlußvertheilung nachzuweisen, Anm. §§ 161, 163. Bei Nachtragstheilungen ist § 160 entsprechend anzuwenden.

2) **Die Anordnung des Gerichts** erfolgt von Amtswegen. Sie ist eine Entscheidung; der Verwalter sowie jeder dabei Betheiligte hat das Recht der Beschwerde dagegen, § 73. Endemann S. 572; Petersen-Kleinfeller Anm. 8; Sarwey-Bossert Anm. 3; Fitting 3 Aufl. § 44 Anm. 14. A.M. Oetker S. 420, vgl. dagegen Anm. 4 § 73. Abgesehen von diesem Beschwerderecht hat der Verwalter, auch sofern sonst seine Funktionen nach der K.Aufhebung beendet sind, Anm. 4 b § 163, die Anordnungen des Gerichts auszuführen, die hierzu sowie vorher zur sachgemäßen Beschlußfassung über die Anordnung selbst nöthigen Anträge zu stellen, die Gläubiger, die Beträge, die Hinterlegungsgründe und die betreffs ihrer Beseitigung erheblichen Momente anzugeben. Die Anordnungen selbst müssen natür-

Digitized by Google

lich den Gesetzen entsprechen. Sie erstrecken sich auch darauf, ob und in welcher Weise die Hinterlegung der Beträge zu trennen oder mit einander zu verbinden ist.

3) **Die vom § 169 betroffenen zu hinterlegenden Beträge** sind

a. die Beträge, die nach § 168 Nr. 1, 2, 4 bei der Schlußvertheilung, d. h. bei der hierüber vom Verwalter zu treffenden Entscheidung bei Beginn der Schlußvertheilung, vgl. Anm. 1 § 166, zurückbehalten sind und ferner

b. die nicht erhobenen Dividenden. Zu diesen gehören nicht nur die Dividenden, die in Folge der Schlußvertheilung zu erheben waren, sondern auch die in Folge früherer Abschlagsvertheilungen nicht erhobenen. Dem Zwecke des § 169 würde es aber offenbar nicht entsprechen, hinsichtlich der nicht erhobenen Dividenden die Worte „bis zu diesem Zeitpunkte" so auszulegen, daß der Beginn des Vollzuges der Schlußvertheilung als Zeitmoment entscheidend wäre, in dem die Beträge schon erhoben oder die Voraussetzungen der Zurückbehaltung entschieden sein müßten, um nicht hinterlegt zu werden. Vielmehr ist erst das Ende des sonstigen Vollzuges maßgebend, da der Vollzug gerade die Ausführung der Erhebung erhalten soll und die Zurückbehaltung„ bei dem Vollzuge" erfolgen soll, also nicht zu erfolgen hat, wenn dabei die gesetzlichen Voraussetzungen der Zurückbehaltung sich als wegfallend zeigen. „Bei" bedeutet: bei Gelegenheit des Vollzuges; und „bis zu diesem Zeitpunkte" heißt sinngemäß: bis nach Ausführung des Vollzuges. Abw. Stieglitz Anm. II 1 hinsichtlich der zurückbehaltenen Beträge, wofür er den Beginn des Vollzuges entscheiden lassen will. Das Ende der entsprechenden, möglichst vom Verwalter bei der Mittheilung zur Erhebung zu bestimmenden Frist (Anm. § 167) beendigt erst den Vollzug im Sinne des § 169; abw. Sarwey-Bossert § 167 Anm. 2, § 169 Anm. 2 schon die Mittheilung der Prozentfestsetzung oder Berechnung.

4) **Rechtsfolgen der Hinterlegung.** Die Beträge sind „für Rechnung der Betheiligten" zu hinterlegen. Daraus folgt, daß den Betheiligten, d. h. dem berechtigten Gläubiger oder der Masse je nach der Art der Erledigung des Hinterlegungsgrundes die erwachsenden Zinsen gebühren, indeß auch die ferneren Kosten und die Gefahr zur Last fallen. Der G.Schuldner, für den durch die Hinterlegung bedingt gezahlt ist, wird von seiner Verpflichtung befreit. BGB. § 372. — Darüber, wann später die Beträge zur Verfügung zu stellen sind, s. Anm. 3 § 168. Die K.O. enthält keine Bestimmung darüber, was geschehen soll, wenn auch nachträglich die Beträge nicht erhoben werden. Hierüber entscheidet daher das bürgerliche Recht. BGB. §§ 375 ff. Auf Grund der K.O. würde das K.Gericht nicht befugt sein, den Betheiligten eine präklusivische Erhebungsfrist mit dem Präjudiz des Verlustes ihrer Rechte oder der Aufhebung der Hinterlegung zu stellen. A.M. Hullmann Anm. 4. Bei der Anwendung des bürgerlichen Rechtes ist zu berücksichtigen, daß als Betheiligte einerseits der berechtigte Gläubiger, andererseits nicht der G.Schuldner persönlich, sondern der Verwalter an seiner Stelle zu Gunsten aller K.Gläubiger und der K.Masse, soweit ein Freiwerden oder Zurückfließen für die Masse erfolgen kann, zu gelten hat, Anm. 3 zu § 168. Dies kommt namentlich nach der Richtung in Betracht, daß nach § 169 die hinterlegten Beträge gemäß gemeinschaftlicher Erklärung aller sich einigenden, bei dem betreffenden Betrage Betheiligten auszuzahlen sind. Die Hinterlegung kann gemäß BGB. § 372 nur an der dazu bestimmten öffentlichen Stelle erfolgen.

§ 170. (157.)

Zahlungen auf festgestellte bevorrechtigte Forderungen kann der Verwalter mit Ermächtigung des Gerichts unabhängig von den Vertheilungen leisten.

E. I. 150. P. 240.

1. Bevorrechtigte Forderungen des § 61.
2. Andere bevorrechtigte Forderungen.
3. Anspruch auf Auszahlung.

1) **Die bevorrechtigten Forderungen des § 61 Nr. 1—5** kommen in der Regel ganz zur Auszahlung, weshalb es der Aufstellung eines Verzeichnisses für sie nicht bedarf.

Digitized by Google

Die somit erfolgte Entziehung dieser Forderungen aus den Erörterungen über das Verzeichniß und die dadurch verminderte Kontrolle gleicht das Gesetz aus, indem es die Zahlungen ungeachtet des Prinzips der Selbstverwaltung unter die Aufsicht des Gerichts stellt.

2) Die bevorrechtigten Forderungen der Pfandbriefgläubiger im Konkurse der Hypothekenbanken (Hypothekenbankengesetz § 35) und der Versicherten im Konkurse der Lebensversicherungs-Unternehmungen (Ges. über die priv. Vers.-Unternehmungen § 61) haben ein der Anmeldung und Feststellung bedürfendes Vorrecht, wenn auch nur auf einen Theil der Masse. Vgl. Anm. 4, 6 zu § 151. Sie fallen deshalb unter die Bestimmung des § 170 in der Weise, daß sie aus dem Erlöse der ihrem Vorrechte unterliegenden Gegenstände befriedigt werden können. Vgl. Anm. 4 zu § 151. A.M. Jäger Anm. 3, Petersen-Kleinfeller Anm. 1.

3) Ein Recht auf frühere Auszahlung haben die Gläubiger nicht. Mot. 373. Dem antragstellenden Verwalter oder Gläubiger wird nach dem allgemeinen Grundsatze des § 73 die Beschwerde gegen eine Ablehnung des Antrags nicht versagt werden können. Sie hat indeß nur die Wirkung, daß das Beschwerdegericht mit gleichem freien Ermessen zu prüfen hat, ob nach Lage der Masse eine Auszahlung unschädlich ist. Gegen die Ermächtigung haben nur Gläubiger, welche durch die Auszahlung wegen gleicher oder besserer Rechte geschädigt werden würden, ein Beschwerderecht. Vgl. Anm. 4 zu § 73; Petersen-Kleinfeller, Sarwey-Bossert zu § 170. A.M. Oetker S. 493.

§ 171. (158.)

Beträge, welche zur Sicherstellung eines bedingt zur Aufrechnung befugten Gläubigers nach Maßgabe des § 54 Abs. 3 hinterlegt worden sind, fließen für die Schlußvertheilung zur Konkursmasse zurück, wenn die Möglichkeit des Eintritts der Bedingung eine so entfernte ist, daß die bedingte Forderung einen gegenwärtigen Vermögenswerth nicht hat.

P. I. 153. K.O.N.

Der § 171 setzt den Fall voraus, daß ein Schuldner des G.Schuldners gegen seine Schuld mit einer ihm zustehenden aufschiebend bedingten Forderung aufrechnen will, seine Schuld gezahlt und dagegen Sicherheit für die Aufrechnung nach § 54 Abs. 3 durch Hinterlegung eines Betrags erlangt hat. Für diesen Fall enthält § 171 nur die Anwendung der Grundsätze, die nach § 154 Abs. 2 für den Gläubiger einer aufschiebend bedingten K.Forderung, mit der nicht sofort aufgerechnet werden kann, maßgebend sind. Vgl. dazu Anm. 3 zu § 154.

§ 172. (159.)

Masseansprüche, welche nicht bis zu der Festsetzung des Prozentsatzes oder der Beendigung des Schlußtermins oder der Bekanntmachung einer Nachtragsvertheilung zur Kenntniß des Verwalters gelangt sind, können nicht auf den Massebestand geltend gemacht werden, welcher zur Auszahlung des festgesetzten Prozentsatzes erforderlich ist oder den Gegenstand der Schlußvertheilung oder der Nachtragsvertheilung bildet.

1. Befriedigung der Massegläubiger.
2. Ausschluß der Massegläubiger.
3. Ausschlußzeiten und Wirkungen des § 172.

E. I. 153

1) Die Befriedigung der Massegläubiger ist nicht von der Aufstellung eines Theilungsplanes abhängig; sie können vielmehr verlangen, daß ihre Forderungen vorweg getilgt werden und dementsprechend ist der Verwalter gemäß §§ 6, 57 bei eigener Verantwortlichkeit verpflichtet, für Deckung zu sorgen. Der Massegläubiger kann, wenn der Verwalter die Ansprüche nicht berücksichtigt, bei bevorstehender Vertheilung einen Arrest auf

Digitized by Google

die Masse veranlassen, „da der Umstand, daß eine Vertheilung bevorsteht, als ein zureichender Arrestgrund anzusehen sein wird." Mot. 389. C.P.O. §§ 917, 920. Er kann auch, abgesehen von dem Regreßanspruche gegen den Verwalter, den Betrag seiner Forderung, falls die Masse ohne seine Berücksichtigung vertheilt ist, von den Empfängern zurückfordern. Vgl. Anm. 7 § 162; Endemann S. 560. Deshalb erstreckt sich auch der bei den Vertheilungen (Abschlagsvertheilungen und Schlußvertheilung) erfolgende, an die Bekanntmachung der Theilungsmasse geknüpfte Ausschluß der K.Gläubiger auf die Massegläubiger nicht. Nicht bekannte Massegläubiger aber sollen weder die Vertheilungen und damit die Erledigung des Konkurses aufhalten, noch durch die Möglichkeit, ihre Forderungen noch nachträglich geltend zu machen, den durch die Vertheilungen geschaffenen Rechtszustand beunruhigen. Deshalb wird im § 172 für sie ein besonderer Ausschluß bestimmt, wenn sie sich mit ihren Forderungen nicht rechtzeitig melden.

2) Die Massegläubiger müssen ihre Ansprüche rechtzeitig zur Kenntniß des Verwalters bringen. Wie das geschieht, ist gleichgültig, es genügt, daß der Verwalter ihre Ansprüche kennt, mögen diese ihrem Betrage nach bestimmt oder noch unbestimmt, unbestritten oder noch streitig sein. Der Verwalter muß das bestehende Rechtsverhältniß vollständig abwickeln. Soweit der Verwalter keine Kenntniß hat, tritt **der Ausschluß der unbekannten Massegläubiger** ein, das heißt, sie können sich alsdann nur noch an den Theil der Masse halten, der noch nicht zur Vertheilung bestimmt war (s. Anm. 3) und an den G.Schuldner, weil die Masseschulden die Schulden des G.Schuldners sind. Vorbem. vor § 57. Dagegen können die Massegläubiger, wenn der für ihre Befriedigung übrig bleibende Theil der Masse nicht ausreicht, sich weder an den K.Verwalter persönlich noch an die Gläubiger wenden, an die der dem Zugriff der Massegläubiger entzogene Theil zur Vertheilung gelangt ist oder gelangen soll. Insofern wirkt der Ausschluß der Massegläubiger gerade so, wie der im § 162 angeordnete Ausschluß der K.Gläubiger. Vgl. Anm. 7 zu § 162.

3) **Die Ausschlußzeiten und -Wirkungen des § 172** sind in dreifacher Weise unterschieden. Der Ausschluß erfolgt

a. bei Abschlagsvertheilungen mit der „Festsetzung des Prozentsatzes", d. h. mit der Mittheilung dieses Prozentsatzes an die Gläubiger, wenngleich nur an Einzelne, vgl. § 159 Abs. 2. Diese Präklusion schließt von der Betheiligung an dem zur Auszahlung des festgesetzten Prozentsatzes erforderlichen Betrage aus. Der Prozentsatz für Abschlagszahlungen wird nach dem Verhältniß derjenigen Gläubiger bestimmt, die mit Rücksicht auf die Präklusionen der §§ 152, 153, 154 Abs. 1, § 158 für die Abschlagsvertheilung zu berücksichtigen sind; die Präklusion des § 172 betrifft für Abschlagsvertheilungen daher auch nur denjenigen Massenbestand, der zur Auszahlung des Prozentsatzes an diese Gläubiger nöthig ist; nicht auch die nach Abzug dieses Bestandes vorhandene „Restmasse", aus der nach § 155 nachträglich noch anderen Gläubigern derselbe Prozentsatz gezahlt werden kann. Anm. 7 § 155.

b. Bei Schlußvertheilungen erfolgt der Ausschluß mit der „Beendigung des Schlußtermins", also wenn der Richter die Terminsverhandlung geschlossen hat (C.P.O. § 136 Abs. 4), für den „Gegenstand der Schlußvertheilung", d. h. für den gesammten Massebestand, der bei der Schlußvertheilung zur Zahlung oder Zurückbehaltung oder Hinterlegung zu berücksichtigen ist und nicht der Nachtragsvertheilung vorbehalten bleibt.

c. Bei Nachtragsvertheilungen schließt die „Bekanntmachung der Nachtragsvertheilung" aus, also gemäß § 76 der Ablauf des zweiten Tages nach der Ausgabe des veröffentlichenden Blattes, für „den Gegenstand der Nachtragsvertheilung" sowohl für die bei dieser auszuzahlenden als für die bei ihr zurückzubehaltenden Beträge. Prot. 108, 109, 111. Wegen der Bekanntmachung der Nachtragsvertheilung vgl. Anm. 5 zu § 166. Es bleibt den Massegläubigern nunmehr nur noch der Zugriff gegen den G.Schuldner.

Digitized by Google

Sechster Titel.
Zwangsvergleich.

1. Zulassung des Zwangsvergleichs.
2. Konstruktion des Zwangsvergleichs.
3. Gerichtliche Bestätigung.
4. Präventivakkorde.

1) Der Zwangsvergleich mit bindender Kraft für die nicht zustimmenden Gläubiger ist nach den Mot. zugelassen, weil der Vergleich häufig ein schnelleres und besseres Mittel darbietet, um die aus der Zahlungsunfähigkeit des G.Schuldners für die Gläubiger entstehenden Nachtheile zu beseitigen, als die Durchführung des Konkurses, und dieses Mittel nicht durch den Widerspruch einzelner Gläubiger entgegen dem gemeinsamen Interesse aller in einer gewissen Gemeinschaft stehenden Gläubiger ausgeschlossen werden soll. Das römische Recht gestattete nur dem Erben einer verschuldeten Erbschaft, einen von der Mehrheit der Gläubiger genehmigten Vergleich unter theilweisem Erlaß der Forderungen durch die Billigung des Richters für die Minderheit bindend erklären zu lassen. Im gemeinen Rechte ist dies gewohnheitsrechtlich auf alle G.Schuldner ausgedehnt; wenngleich von verschiedenen partikularrechtlichen Gesetzgebungen (Holstein, Oldenburg, Nassau, Baden, Mecklenburg, Hannover, Bayern, Lübeck) der Zwang gegen die Nichtzustimmenden abgelehnt wird. Im Anschlusse an die bisherige übliche Geltung in den meisten deutschen Landesrechten hat die K.O. den Akkord als ordentliches und wünschenswerthes Mittel zur K.Beendigung beibehalten. Prot. 113. Ueber die Gründe zur Erleichterung des Akkords vgl. Makower, Revision. der K.O., Berlin 1894, S. 6 ff.

Ueber Geschichtliches und über ausländische Vergleichsverfahren vor der K.Eröffnung vgl. Kohler §§ 50, 71.

Die K.O. folgt im Wesentlichen den Grundsätzen der P.K.O. v. 1855, die der französischen Gesetzgebung folgend im Ganzen auch mit dem gemeinrechtlichen Vergleichsverfahren und den Gesetzgebungen von England, Belgien, Spanien u. s. w. übereinstimmt. Die K.O. gründet den Zwangsvergleich auf den Willen der doppelten Mehrheit der Zahl der Gläubiger und der Summen ihrer Forderungen. Sie verlangt aber als Garantieen: die gerichtliche Prüfung und Bestätigung und zwar im gemeinsamen Interesse der K.Gläubiger, das für die richterliche Bestätigung maßgebend sein soll, und ferner die Verwerfung schon des Versuchs zum Akkorde, wenn nach den Umständen der sachgemäße Abschluß oder die gerichtliche Bestätigung jedes Akkordes ausgeschlossen erscheint.

2) **Begrifflich muß der Zwangsvergleich** (gegen die früheren Auflagen) als ein zwischen dem G.Schuldner und den nicht bevorrechtigten K.Gläubigern geschlossener Vertrag angesehen werden. Er wird nach § 173 zwischen den Betheiligten geschlossen. Er hat zum Inhalt die Verpflichtung, eine gewisse Befriedigung der genannten Gläubiger unabhängig von dem Bestande der K.Masse herbeizuführen (§ 174), und einen Erlaß aller weiter gehenden Verpflichtungen des G.Schuldners, also Leistung und Gegenleistung. Er muß vom G.Schuldner vorgeschlagen (§ 174), von den Gläubigern angenommen werden (§§ 182, 184). Schließlich kann er, wenn durch Betrug zu Stande gebracht, von den Gläubigern angefochten werden (§ 196). Alles dies spricht für die von den Gesetzgebern ebenfalls gewollte (Mot. S. 390) Vertragsnatur des Zwangsvergleichs. Das Gesetz bestimmt aber (§§ 182, 193), daß zur Annahme des Vergleiches nicht die Zustimmung aller betheiligten Gläubiger, sondern nur die einer näher bestimmten Mehrheit erforderlich sei und daß auch die K.Gläubiger, die nicht am Konkurs oder der Abstimmung theilgenommen oder sogar gegen den Vergleich gestimmt haben, an den rechtskräftig bestätigten Vergleich gebunden seien. An diese Bestimmungen knüpfen sich die Einwendungen gegen die rechtliche Beurtheilung des Zwangsvergleiches als eines Vertrags, weil es hierfür an einem allseitigen Vertragswillen fehle. Ötker, Konkursr. Fragen S. 29—62 und K.Grundbegriffe S. 223 ff. stellt deshalb die einer juristische Konstruktion entbehrende unbefriedigende Meinung auf, daß der Zwangsvergleich ein Rechtsgeschäft sei, das aus drei koordinierten „Willens-

Digitized by Google

erklärungen", des G.Schuldners, der Gl.Versammlung und des K.Gerichts bestehe; und Löhr, Zeitschr. für C.Pr. 16, 335 ff., sowie im Anschluß an ihn Fitting § 45 II lassen zwar zwischen dem G.Schuldner und der zustimmenden Mehrheit einen Vertrag entstehen, erklären aber die Wirkung für die anderen Gläubiger als die Folgen eines (im Gesetz gegebenen) positiven Rechtssatzes. Wilmowski erklärt die Bindung aller Betheiligten im Anschluß an Schulze S. 113 bis 135 und Eccius I § 120 u. in Nass.K. 30, 463 aus der nach § 184 vorgeschriebenen Bestätigung des K.Gerichts. Erst an den bestätigten Zwangsvergleich seien die nicht bevorrechtigten K.Gläubiger gebunden. Die gerichtliche Bestätigung habe den Charakter eines Urtheils. Der Zwangsvergleich entscheide nach einem außerordentlichen Prozeßverfahren urtheilsmäßig und mit formeller und materieller Rechtskraft über das dem G.Schuldner durch die K.O. eingeräumte Recht, unter den bestimmten Voraussetzungen das K.Verfahren zu beseitigen und seine K.Gläubiger außerhalb des Verfahrens nach Maßgabe der von der gesetzlichen Mehrheit der Gläubiger angenommenen Bedingungen zu befriedigen. Der Rechtssatz des § 193 bestimme als Gesetz die Wirkung des Gebundenseins durch die Bestätigung für alle nicht bevorrechtigten K.Gläubiger in gleicher Weise; und dieser Rechtssatz gehe dahin, daß die rechtskräftige Bestätigung diese Wirkung verschaffe.

Danach sei immer die für alle Betheiligten gleichmäßig wirkende Bestätigung des Gerichts das entscheidende Moment, obgleich zur Herbeiführung der Voraussetzungen der Bestätigung eine Summe von vertragsmäßigen Erklärungen Einzelner vorangegangen sein müsse. Das Vorhandensein solcher Erklärungen und der anderen Voraussetzungen, die das Gesetz verlangt, müsse zwar das K.Gericht ebenso prüfen, wie der Prozeßrichter die Voraussetzung für das von ihm zu erlassende Urtheil zu prüfen habe; ein Irrthum über die Voraussetzungen könne aber die rechtskräftig gewordene Bestätigung ebensowenig berühren, wie ein Irrtum des Prozeßrichters in der Beurtheilung des ihm vorliegenden Materials das rechtskräftige Urtheil. Nur so erkläre sich auch, daß die Anfechtung nicht wie bei anderen Willenserklärungen auf Irrthum, Zwang u. s. w., sondern nur, kraft besonderen Rechtssatzes, auf Betrug gestützt werden könne.

Diese Theorie, die dem klar verständlichen Ausdruck des Gesetzes gegenüber nur dann Werth haben kann, wenn sie die Bindung dissentierender Gläubiger erklärt, giebt gerade in diesem Punkt nur eine Umschreibung der Thatsache, daß das Gesetz eben die Bindung eintreten lasse. Ein anderer Grund dafür, als daß der Richter sie aussprechen dürfe, ist nicht gegeben. Es ist aber auch nicht richtig, daß das Gericht über das angebliche Recht des G.Schuldners, seine Gläubiger in anderer Weise, als durch Fortsetzung des K. zu befriedigen, zu entscheiden hat. Das Gericht hat nur einen Vergleich zu bestätigen. Es hat dabei allerdings darüber zu entscheiden, nicht bloß, ob die Voraussetzungen über die Zulässigkeit des Vergleichs vorhanden sind, sondern auch, ob er als angenommen anzusehen ist, wie sich aus der Beschränkung der Anfechtung auf den Fall des Betruges (§ 196) ergiebt. Aber die Voraussetzung der Wirkung ist immer, daß der Form nach ein Vergleich zwischen dem G.Schuldner und den Gläubigern geschlossen ist. Würde ein Beschluß gefaßt, der unter Wiedergabe der Bedingungen eines angeblich geschlossenen Vergleichs dessen Bestätigung ausspräche, obgleich ein Vergleichsvorschlag oder eine Vergleichsverhandlung überhaupt nicht vorliegt, so würde ein solcher Beschluß wirkungslos sein. Der Beschluß hat nur Bedeutung als Entscheidung über den durch Angebot und Annahme (§§ 173, 174, 182) geschlossenen Vergleich und nur insoweit hat er eine über die regelmäßige Wirkung einer Bestätigung hinausgehende Wirkung, als er auch Mängel des Vertragsschlusses heilt. Weiter aber bleibt positiv zu beantworten, worin die Bindung *aller* nicht bevorrechtigten K.Gläubiger ihren Grund hat. Man kann nicht annehmen, daß die nicht zustimmenden Gläubiger durch die zustimmenden vertreten werden (Jäger Anm. 11). Diese Annahme würde willkürlich sein. Sie würde dahin führen, daß der Vergleich, wenn er durch Betrug zu Stande gebracht ist (§ 196) und auch nur einer von den zustimmenden Gläubigern, den Vertretern der Übrigen, den zum Zwecke der Täuschung entstellten wahren Sachverhalt gekannt hat, von keinem der nicht zustimmenden Gläubiger, den Vertretenen,

Digitized by Google

wegen des Betruges angefochten werden könnte (B.G.B. § 166 Abs. 1). Wohl aber liegt der Grund für die Bindung aller nicht bevorrechtigten Gläubiger darin, daß die Annahme des Vergleichs durch einen Beschluß der Gläubigerversammlung erfolgt (Seuffert § 53 Nr. 4, S. 408). Nicht die Abgabe der einzelnen Stimmen enthält die Annahme oder Verwerfung des Vorschlages, sondern erst das vom Gericht nach Maßgabe der Abstimmung festgestellte Gesammtergebniß. Die Versammlung ist eine ordentliche Gläubigerversammlung, wenn auch die bevorrechtigten Gläubiger nicht Sitz und Stimme darin haben. Es gelten für eine solche Versammlung alle Vorschriften der allgemeinen Gläubigerversammlung; die Stimmrechte sind für diese Versammlung keine anderen, als die dauernd in einer früheren Versammlung festgestellten. Durch den Beschluß dieser Versammlung werden die einzelnen Gläubiger gebunden, gerade so wie sie bei den Verwaltungsakten der §§ 80, 129, 134, 162 durch Beschluß gebunden sind, wenn auch Rechte der Einzelnen getroffen werden. Auch in diesen Fällen wird jeder Gläubiger durch den Beschluß derart gebunden, daß er, selbst wenn er gegen den Beschluß gestimmt hat, den Verwalter, der dem Beschlusse gefolgt ist, nicht mehr wegen unvortheilhafter Verwaltung zur Verantwortung ziehen kann. Der gesetzgeberische Grund für die Wirkung der Beschlüsse liegt in der durch die Gemeinsamkeit der Interessen (§ 173 Abs. 1 Z. 2) für diesen Fall begründeten Gemeinschaft der Gläubiger. Der Beschluß, durch den der Zwangsvergleich angenommen wird, bewirkt unmittelbar das Zustandekommen des Vertrages. Vgl. Petersen-Kleinfeller Vorbem. 6; Sarwey-Bossert Vorbem.; Jäger Anm. 8 zu § 173; Seuffert § 53 Nr. 4; Stieglitz S. 616; Bölderndorff 2, 527 ff.; Wach I § 6 Anm. 21; Meyer, K.O. § 264; Wolff Anm. 2; Kohler, Lehrbuch § 72, Leitfaden § 32; Ctuntu, Berliner Diss. Z.B. im Konkurs.

3) Die **gerichtliche Bestätigung** des Vergleichs dient dem Zwecke, das Zustandekommen rechtskräftig festzustellen. Sie ist ihrer Natur nach eine Entscheidung über das Zustandekommen des Vergleichs, sowohl nach der Seite, daß der Vergleich geschlossen worden ist, als nach der anderen, daß die Schließung zulässig war und ein Grund zur Verwerfung des Vergleichs nicht vorlag. Vorbehalten bleibt nur die Anfechtung des Vergleichs wegen Betruges (§ 196), sofern und weil dieser im Bestätigungsverfahren von dem Anfechtenden nicht geltend gemacht werden konnte.

4) **Einen Zwangsvergleich, der vor Eröffnung des Konkurses zu dessen Abwendung dienen soll** (sogen. Präventivakkord), kennt die K.O. nicht. Die in Landesgesetzen enthaltenen Bestimmungen dieser Art sind durch das E.G. z. K.O. § 4 ausdrücklich aufgehoben. Die neue Reichsgesetzgebung hat den Rechtsgedanken, der einem unverkennbaren wirthschaftlichen Bedürfnisse dient, für große Unternehmungen, deren Zusammenbruch weiterreichenden schädlichen Einfluß auf das Wirthschaftsleben ausüben würde, wieder aufgenommen. Dies ist geschehen in dem Reichsgesetze betreffend die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen vom 4. Dezember 1899 §§ 11—13 und dem Reichsgesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen vom 12. Mai 1901 § 69.

Nach dem Schuldverschreibungsgesetz kann die Aufgabe oder Beschränkung von Rechten der Gläubiger, insbesondere die Ermäßigung des Zinsfußes oder die Bewilligung einer Stundung von der Gläubigerversammlung mit einer qualificirten Mehrheit zur Abwendung einer Zahlungseinstellung oder des Konkurses des Schuldners beschlossen werden. Aehnliche Bestimmungen, die das Preuß. Ges. v. 19. August 1895, betr. das Pfandrecht an Privateisenbahnen und Kleinbahnen, §§ 27—30 enthielt, sind zu Gunsten des Reichsgesetzes durch Ges. v. 11. Juni 1902 aufgehoben worden. Nach dem Gesetz über die priv. Versicherungsuntern. steht das Recht, zur Verhütung des Konkurses einer Lebensversicherungsunternehmung, deren Verpflichtungen aus laufenden Versicherungen zu ermäßigen, der Aufsichtsbehörde zu, ohne daß diese eines Beschlusses der Betheiligten dazu bedürfte.

---

§ 173. (160.)

Sobald der allgemeine Prüfungstermin abgehalten und so lange nicht die Vornahme der Schlußvertheilung genehmigt worden ist, kann auf den

Digitized by Google

Vorschlag des Gemeinschuldners zwischen diesem und den nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern ein Zwangsvergleich geschlossen werden.

E. I. 166. P. 181. 185. 197.

1. Vergleichsfähiger G Schuldner.
2. Frühester Termin der Z.V.
3. Spätester Termin der Z.V.
4. Am Z.V. betheiligte Personen.
5. Einstellung des Verfahrens.

1) Die §§ 173—176 enthalten die Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Zwangsvergleichs. **Jeder Gemeinschuldner**, nicht nur der kaufmännische, **kann einen Z.V. schließen.** Eine Ausnahme ist nur für den Konkurs einer eingetragenen Genossenschaft, Ges. vom 1. Mai 1889, 20. Mai 1898 § 116 Abs. 1 und einer Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit, RG. über die priv. Vers.Untern. v. 12. Mai 1901 § 52, gemacht, weil hier die nach Aufhebung der Genossenschaft oder des Vereins fortdauernde Haftung der Genossen und Mitglieder aufgehoben oder beeinträchtigt werden würde. Der G.Schuldner kann den Vergleich auch durch einen Vertreter abschließen, wie er überhaupt im ganzen Verfahren durch einen Bevollmächtigten vertreten sein kann. Wegen der näheren Bestimmungen für Konkurse von Handels- u. Kommanditgesellschaften und über einen Nachlaß vgl. §§ 211, 230.

2) **Erst nach dem Prüfungstermine soll der Zwangsvergleich zulässig sein,** weil dann erst eine sichere Theilnahme berechtigter Gläubiger und eine Grundlage zur Prüfung der Masse möglich ist, bis dahin auch in der Regel die Verwerthung der Masse nach § 133 Nr. 1, § 135 ausgesetzt bleiben soll. Auch dem Gerichte fehlen vorher die Grundlagen zu einer entsprechenden Prüfung, § 188 Nr. 2. Wird der Prüfungstermin mit dem Vergleichstermin gemäß § 180 verbunden, so müssen demnach aus dem erwähnten Grunde zunächst die Prüfungen vorgenommen werden, ehe in die Vergleichsverhandlungen eingetreten werden kann.

Indeß im § 173 ist nur der frühere Abschluß des Vergleiches untersagt. Der Vorschlag des G.Schuldners kann nach §§ 133 Nr. 1, 180 schon vor dem Schlusse des Termins eingereicht sein. Er muß schon vor dem Termin eingereicht sein, wenn der Vergleichstermin mit dem Prüfungstermin verbunden werden soll. Der Vorschlag ist (wie jedes Gesuch, das den Gang des K.Verfahrens betrifft) dem Gerichte einzureichen. Eine besondere Form ist nicht vorgeschrieben. Es gilt daher die allgemeine Form des amtsgerichtlichen Verfahrens gemäß C.P.O. §§ 501, 496: schriftliche Einreichung beim Gerichte ohne Anwaltszwang oder Anbringung zum Protokolle des Gerichtsschreibers. — Der G.Schuldner kann auch schon vor der Einreichung bei dem Gerichte die in den §§ 176, 177 verordnete Vorprüfung des Verwalters und des G.Ausschusses betreiben. Wegen eines früheren Akkordes, der zur Vermeidung eines Konkurses dienen soll, vgl. Vorbem. 4 zu Titel 6.

3) **Terminus ad quem für die Zulässigkeit eines Z.V.** ist der Zeitpunkt, in dem gemäß § 161 Abs. 2 das K.Gericht genehmigt, daß die Schlußvertheilung eingeleitet und der Schlußtermin (§ 162) abgehalten werden soll; nicht erst der Zeitpunkt, in dem nach dem Schlußtermine das Gericht erklärt, daß die Ausführung erfolgen kann, Anm. 4 § 161. Mot. zu §§ 149, 160 a. F. Sobald *vor* jenem Beginne einer Schlußvertheilung bei dem Gerichte ein Vergleichsvorschlag eingeht, der nach den §§ 174 ff. zulässig ist, darf der etwa schon vorliegende Antrag auf Schlußvertheilung nicht genehmigt, vielmehr muß das Vergleichsverfahren eingeleitet werden. Denn in der Vorschrift, daß in der bezeichneten Zwischenzeit (Anm. 2, 3) auf den Vorschlag des G.Schuldners ein Z.V. geschlossen werden kann, ist die Vorschrift enthalten, daß der G.Schuldner berechtigt ist, wenn er einen zulässigen Vorschlag macht, dessen Behandlung in dem angeordneten Verfahren zu verlangen und ihn nicht durch Ausführung einer Schlußvertheilung gegenstandlos gemacht zu sehen. Der Beschluß der Schlußvertheilung ist dann aufzuschieben. Petersen-Kleinfeller Anm. 2, Sarwey-Bossert Anm. 2, Wengler Anm. 2. Daß das Gericht nur dann verhindert würde, die Schlußvertheilung zu genehmigen, wenn nicht nur der Vorschlag vor jenem Momente gemacht, sondern auch der Vergleich vorher geschlossen wäre, und daß das Gericht den

Digitized by Google

Vergleichsvorschlag durch Schlußvertheilung beseitigen könne, wenn der Vergleich nicht vor dem Ende des Schlußtermins zu Stande komme (Völderndorff zu c, Jäger Anm. 22), würde dem Zwecke des § 173 und dem entsprechenden Rechte des G.Schuldners widersprechen. — Ein Vorschlag, der nach jenem Zulässigkeits-Endzeitpunkte angebracht wird, muß vom Gerichte abgelehnt werden. Gegen die Ablehnung aus diesem Grunde steht dem G.Schuldner die Beschwerde zu, § 73.

4) **Die am Z.Vergleichsverfahren betheiligten Personen,** die Parteien, deren Erklärungen maßgebende Voraussetzungen bilden, sind der G.Schuldner einerseits (vgl. Anm. 3) und die nicht bevorrechtigten K.Gläubiger andererseits. Nicht betheiligt sind

a) die Absonderungsberechtigten als solche. Sie werden durch den Z.V. nicht betroffen, weil der Z.V. nur das K.Verfahren beseitigt, durch das ihr Absonderungsrecht nicht berührt wird, §§ 4, 193. Nur sofern sie zugleich persönliche Gläubiger sind, werden sie für den Betrag, in dessen Höhe sie ausgefallen sind, oder auf abgesonderte Befriedigung verzichtet haben, durch den Vergleich betroffen, § 64. **RG. 23,** 43. Ohne Verzicht oder wirklichen Ausfall können sie den Vergleich auch nicht für sich geltend machen. **RG.** 5, 395. Ob sie aber durch einen dem Vergleichsschluß nachfolgenden Verzicht die durch den Vergleich von einem Dritten übernommenen Verbindlichkeiten beeinflussen können, ist eine Frage der Auslegung des Vergleichs. Nur das Stimmrecht der Aussonderungsberechtigten wird in Ermangelung eines Verzichts nach dem muthmaßlichen Ausfall bestimmt, § 96. In einer thatsächlichen Betheiligung der Absonderungsberechtigten am Z.V., einem Mitstimmen, liegt allein noch kein Verzicht auf das Absonderungsrecht; ohne wirklichen Verzicht geht es nicht verloren. Anm. 6 § 64.

b) Die Massegläubiger sind ebenfalls nicht berechtigt, am Vergleiche theilzunehmen, und werden von dessen Wirkungen nicht betroffen. § 191 Abs. 1.

c) Auch die bevorrechtigten Gläubiger (§ 61) nehmen nicht theil; die Vortheile des Z.V. (Sicherung, Bürgen) kommen ihnen nicht zu; sie werden, wenn sie sich als solche gemeldet haben, durch § 191 Abs. 2 geschützt. Nur die Aberkennung des Vorrechts oder Verzicht vor dem Abschlusse des Vergleichs kann sie der Vortheile des Vergleichs theilhaftig machen, da diese Vortheile nur nach dem zur Zeit des Abschlusses vorhandenen Stande angeboten sind, namentlich die Verpflichtungen eines Dritten nicht durch nachträglichen Verzicht erhöht werden können.

5) **Zur Einstellung des K.Verfahrens** genügt die Zustimmung sämmtlicher K.-Gläubiger nach § 202, ohne daß das Gericht etwas Anderes zu prüfen hat als das Vorhandensein der Zustimmung. Die Einstellung hat aber auch nicht die Vollstreckbarkeit der Vergleichsbedingungen zur Folge, § 194. Die Einwilligung eines K.Gläubigers zum Abschlusse eines Z.V. ist daher nicht zugleich Zustimmung zur Einstellung des K.Verfahrens, bei der dem Zustimmenden die beabsichtigten Vergleichsfolgen nicht zu statten kommen.

§ 174. (161.)

Der Vergleichsvorschlag muß angeben, in welcher Weise die Befriedigung der Gläubiger erfolgen, sowie ob und in welcher Art eine Sicherstellung derselben bewirkt werden soll.

E. I. 167. P. 181 Abs. 3. 200.

1. Wesentlicher Inhalt des Vergleichsvorschlages.
2. a. Befriedigung der Gläubiger.
3. b. Sicherstellung der Gläubiger.
4. Zurücknahme des Vorschlags.
5. Tod des Gemeinschuldners.

1) Der **wesentliche Inhalt des Vorschlags** muß sein

1. die Angabe, „in welcher Weise die Befriedigung der Gläubiger" erfolgen soll und
2. ob und wie sie zu sichern sind.

Entspricht der Vorschlag dem § 174 nicht, so ist er als solcher nicht zu berücksichtigen (vgl. die Bedeutung des „muß" in den Mot. z. C.P.O. Einl. § 4 und C.P.O. § 253). Das bestimmte Angebot ist mit Rücksicht auf die in Preußen mit unbestimmten Vorschlägen gemachten Erfahrungen nöthig erachtet. Enthält der Vorschlag also die im

Digitized by Google

§ 174 bestimmten Angaben nicht, so ist er von Amtswegen zurückzuweisen. Gegen eine Abweisung des Vorschlags aus diesem Grunde steht dem G.Schuldner die Beschwerde zu, § 73. Er kann natürlich auch zu jeder Zeit neue Vorschläge anbringen; ein Abweisung aus dem formalen Grunde, daß der nöthige Inhalt fehle oder nicht bestimmt genug sei, ist keine Verwerfung im Sinne des § 176. Wegen des Rechts zur Zurücknahme des Vorschlags vgl. Anm. zu § 176. Ausgeschlossen ist andererseits nicht, den an sich dem § 174 entsprechenden Vorschlag im Termin vor der Abstimmung zu ändern, Anm. 4 § 179.

2) a. Nothwendiger Inhalt ist also zunächst, daß **die Befriedigung der Gläubiger** unmittelbarer Gegenstand des Vorschlags ist, und aus §§ 191, 192 geht hervor, daß nach der Bestätigung ohne Rücksicht auf die Erfüllung die Aufhebung des Verfahrens und die Freigabe der Masse an den G.Schuldner, soweit nicht besondere Beschränkungen hinsichtlich der Masse bestimmt sind, erfolgen müssen. Der nothwendige Inhalt des Vorschlags ist daher die Herbeiführung der Befriedigung der Gläubiger gegen Aufhebung des K.Verfahrens und Freigabe der Masse an den G.Schuldner zur beschränkten oder unbeschränkten Verwendung. Mot. 396. Daß der G.Schuldner die Befriedigung durch einen beitretenden Dritten herbeiführen kann, wird (gegen Oetker Konk. Fr. S. 47, 48 und Grundbegr. I, 227) selbst dann nicht abzulehnen sein, wenn mit Bestätigung des Vergleichs der G.Schuldner entlastet sein und nur der Dritte haften soll; denn im § 174 ist nur die Herbeiführung der Befriedigung der Gläubiger Voraussetzung, und es steht nichts entgegen, daß ein Dritter statt des G.Schuldners die Befriedigung übernimmt, wenn die Zustimmenden damit einverstanden sind. Andererseits darf die Erfüllung des Z.V. nicht Theil des K.Verfahrens sein und darf die Aufhebung des K.Verfahrens nicht (gegen § 190) bedingungsweise davon abhängig gemacht werden, daß zuvor der Vergleich erfüllt würde. Stieglitz Anm. II, Fitting 3. Aufl. § 47 Anm. 12. Im Uebrigen kann, sofern nicht die Vorschrift des § 181 über die Gewährung gleicher Rechte an alle Gläubiger verletzt wird, der Vorschlag zum Inhalte jeden Vertrag über die *Befriedigung* der Gläubiger haben, durch den das *K.Verfahren beseitigt* werden soll. Es kann dabei ein Verzicht auf einen Theil der Forderung bedungen oder Vollzahlung mit Stundung oder Terminalzahlung versprochen werden. Die Ausführung der Mot. 406, daß auch eine außergerichtliche Liquidation unter Ueberlassung der Masse oder eines Theiles davon an die Gläubiger oder deren Vertreter vorgeschlagen werden könne, kann nicht für richtig erachtet werden. Die Ueberlassung könnte nur an die am K.Verfahren betheiligten Gläubiger erfolgen und dabei würden die nicht betheiligten Gläubiger, denen nach § 171 dieselben Rechte gewährt werden müssen, unberücksichtigt bleiben. Ebenso Jäger Anm. 3; a. M. Seuffert S. 413 f. Der Begriff des Vergleichs ist hier als Vertrag zur Regelung eines thatsächlich ungewissen Zustandes aufgefaßt, wie auch gemäß B.G.B. § 779 Abs. 2 die in jedem Konkurse vorhandene thatsächliche Ungewißheit über die erfolgreiche Geltendmachung eines Rechtes den Inhalt eines Vergleichs bilden kann, selbst wenn das Recht selbst unzweifelhaft ist. Dagegen berührt der Vergleich weder den Rechtsgrund der Ansprüche der Gläubiger, noch deren Feststellung. Er enthält — abgesehen von einem accessorisch hinzutretenden Verhältnisse (Bürgschaft) — keinen neuen Rechtsgrund. Vgl. Anm. 1 § 193.

3) b. Die Frage **der Sicherstellung** muß im Vergleichsvorschlag erwähnt sein. Diese braucht nicht angeboten zu werden; wird sie aber angeboten, so muß sich der Vorschlag über ihre Art und Bewirkung auslassen. Vorschriften darüber sind nicht gegeben; es ist Sache der Gläubiger, das Angebotene zu prüfen und zu würdigen. Sie wird in der Regel in dem Eintreten von Angehörigen oder sonstigen Dritten als Bürgen bestehen. Soll sie in der Verpfändung von Werthgegenständen oder Grundstücken bestehen, so ist zu beachten, daß zur Verpfändung von beweglichen Sachen Uebergabe erforderlich ist und daß Hypotheken nur für bestimmte Personen und bestimmte Summen oder bestimmte Höchstbeträge eingetragen werden können, B.G.B. §§ 1113, 1115, 1119, was mit Rücksicht auf unbekannte, aber gleichberechtigte K.Gläubiger von Wichtigkeit ist. Die Rechte der Gläubiger werden sich deshalb kaum anders als durch einen gemeinsamen Bevollmächtigten

Digitized by Google

(Pfandhalter) ausüben lassen, der sich vertragsmäßig, dem Z.V. beitretend, verpflichtet, die Pfandgegenstände für die K.Gläubiger zu verwahren und zu verwenden.

Wegen Abschlusses eines Vergleichs unter einer Bedingung vgl. Anm. 1 zu § 190.

4) **Der Vergleichsvorschlag darf zurückgenommen werden.** Das folgt aus § 176, in dem die Zurücknahme vorausgesetzt wird. Danach ist der § 145 B.G.B. auf diesen Vertragsantrag nicht anwendbar. Der Grund für diese Bestimmung dürfte darin zu suchen sein, daß der Vergleichsvorschlag erst ein vorbereitendes Stadium zu durchlaufen hat, §§ 177, 178, und nicht von den einzelnen Gläubigern, sondern erst von der Gläubigerversammlung in dem besonders dafür anberaumten Vergleichstermine angenommen werden kann. Der Termin selbst ist sodann zur Verhandlung über den Vorschlag, nöthigenfalls zu seiner Veränderung bestimmt. Es ist deshalb anzunehmen, daß die Zurücknahme bis zur erfolgten Annahme durch die Versammlung erfolgen kann. Nachher ist nach der hier vertretenen Vertragstheorie die Rücknahme nicht mehr zulässig. Die Urtheilstheorie, die eine Bindung durch Annahme des vorgeschlagenen Vergleichs nicht eintreten läßt, verlangt folgerichtig für die allein maßgebende Bestätigung einen bei ihrem Erlaß vorliegenden Vergleichsvorschlag und gestattet deshalb die Rücknahme bis zum Erlaß des Bestätigungsbeschlusses.

5) **Stirbt der G.Schuldner** nach der Annahme durch die Gl.Versammlung, so ist der Erbe gebunden. Tritt der Tod vor Annahme des Vorschlags ein, so befinden sich die Erben in der Lage des Erblassers, und zwar gilt der Vorschlag als zurückgenommen, wenn nur ein Erbe die Rücknahme erklärt. Vgl. § 230. Ebenso Jäger Anm. 24 zu § 173; Petersen-Kleinfeller Anm. 5; a. M. Seuffert § 54, 1; Sarwey-Bossert Anm. 5 zu § 176, die einen neuen Vorschlag vom Erben verlangen.

§ 175. (162.)

Ein Zwangsvergleich ist unzulässig:

1. so lange der Gemeinschuldner flüchtig ist oder die Ableistung des Offenbarungseides verweigert;
2. so lange gegen den Gemeinschuldner eine gerichtliche Untersuchung oder ein wegen betrüglichen Bankerutts wiederaufgenommenes Verfahren anhängig ist;
3. wenn der Gemeinschuldner wegen betrüglichen Bankerutts rechtskräftig verurtheilt worden ist.

E. I. 168. P. 189. K. O. N.

1. Allgemeines.	3. Zu Nr. 2.
2. Zu Nr. 1.	4. Zu Nr. 3.

1) **Allgemeines.** Bei Verweigerung des Offenbarungseides und bei betrüglichem Bankerutt, dessen der G.Schuldner nach Eröffnung der gerichtlichen Untersuchung wenigstens verdächtig ist, muß eine Uebersicht über die wirklichen Vermögensverhältnisse des Schuldners und damit eine zutreffende Würdigung des Vergleichsvorschlags von vornherein ausgeschlossen erscheinen. Ist der G.Schuldner flüchtig, so liegt mindestens ein starker Verdacht vor, daß Unklarheiten bestehen. Deshalb soll in den angegebenen Fällen ein Zwangsvergleich und damit eine Bindung nicht zustimmender Gläubiger nicht erfolgen dürfen. Die Zulassung des Zwangsvergleichs würde zugleich der öffentlichen Ordnung widersprechen. Ob einer der bezeichneten Unzulässigkeitsgründe vorliegt, ist von Amtswegen zu prüfen. Deshalb ist der V.Vorschlag entweder sofort durch Beschluß zurückzuweisen oder der Vergleich nach § 186 von Amtswegen auch zu verwerfen, wenn nachträglich ein Fall solcher Unzulässigkeit eingetreten ist. Das K.G. kann Ermittelungen, ob entsprechende Tatsachen vorliegen, von Amtswegen veranlassen, §§ 75, 186. Gegen die aus einem der Gründe erfolgende Zurückweisung eines Antrags steht dem G.Schuldner die Beschwerde zu. — V.Vorschläge, die von Mehreren ausgehen müssen, vgl. §§ 211, 230, 236, sind unzulässig, wenn auch nur Einem der Vorschlagenden ein Unzulässigkeitsgrund entgegensteht.

Digitized by Google

Ueber die Anwendbarkeit beim Z.V. einer Aktiengesellschaft Anm. zu § 208. — Den im § 175 angegebenen Unzulässigkeitsgründen tritt hinzu, daß in dem Konkurse über das Vermögen einer eingetragenen Genossenschaft (G. v. 1. Mai 1889/20. Mai 1898 § 116 Abs. 1) und einer Versicherungsunternehmung (G. v. 12. Mai 1901 § 52) ein Z.V. unzulässig ist.

2) Zu Nr. 1. Die Unzulässigkeit besteht nur, so lange der G.Schuldner flüchtig ist oder den Offenbarungseid verweigert. Der G.Schuldner hat durch seine unter dem ersten Eindrucke bewirkte Flucht nicht absolut jedes Vertrauen verwirkt. Mot. 409. Ob ein G.Schuldner flüchtig ist, ist Thatfrage; mit Rücksicht auf § 101 wird jeder G.Schuldner, der sich von seinem Wohnorte ohne Erlaubniß des K.Gerichts entfernt und, sofern sein Aufenthalt bekannt ist, auf Aufforderung nicht zurückkehrt, als flüchtig anzusehen sein, falls nicht die Entfernung zur Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht (Militärpflicht) erfolgt ist.

Wegen der Verpflichtung des G.Schuldners zur Leistung des Offenbarungseides vgl. § 125.

3) Zu Nr. 2. Die gerichtliche Untersuchung wird anhängig durch die Eröffnung der Voruntersuchung oder, wenn eine solche nicht stattgefunden hat, des Hauptverfahrens, St.P.O. §§ 182, 201. Die Eröffnung der Voruntersuchung ist als Hinderniß erst durch die K.O.N. hinzugefügt worden. Das wieder aufgenommene Verfahren kommt mit Rücksicht auf Nr. 3 nur nach der Freisprechung des G.Schuldners in Betracht, St.P.O. § 402; es wird anhängig durch den die Wiederaufnahme zulassenden Beschluß, St.P.O. § 407. Stellt sich in einer Hauptverhandlung, die nicht vor dem für betrüglichen Bankerutt zuständigen Schwurgericht stattfindet, die dem angeklagten G.Schuldner zur Last gelegte That als betrüglicher Bankerutt dar, so hat der Beschluß, durch den das Gericht die Sache an das zuständige Gericht verweist, die Wirkung eines das Hauptverfahren wegen betrüglichen Bankerutts eröffnenden Beschlusses. St.P.O. § 270. Stellt sich in einer Hauptverhandlung vor dem Schwurgericht heraus, daß die dem angeklagten G.Schuldner zur Last gelegte That als betrüglicher Bankerutt aufgefaßt werden kann, so ist, damit demgemäß eine Verurtheilung erfolgen kann, nur nothwendig, daß der Angeklagte auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes hingewiesen und ihm Gelegenheit zur Vertheidigung gegeben wird. St.P.O. § 264 Abs. 1. Dieser Hinweis kann ohne Gerichtsbeschluß erfolgen, RG. Rechtspr. in Str.S. 1, 629, kann also nicht genügen, das Verfahren wegen betrüglichen Bankerutts als anhängig erscheinen zu lassen. Wird aber dieserhalb gemäß St.P.O. § 264 Abs. 3 die Hauptverhandlung durch Gerichtsbeschluß ausgesetzt, oder wird der G.Schuldner wegen des betrüglichen Bankerutts verurtheilt oder wird auch nur eine Frage auf betrüglichen Bankerutt den Geschworenen übergeben, St.P.O. § 291, so ist eine gerichtliche Untersuchung wegen betrüglichen Bankerutts als anhängig anzusehen. Die anhängige Untersuchung endigt mit der rechtskräftigen Erledigung; nur bis dahin besteht sie als Hinderniß für den Zwangsvergleich. Ist der G.Schuldner rechtskräftig verurtheilt, so wird Nr. 3 anwendbar. Wird das Verfahren nur vorläufig eingestellt, St.P.O. § 203, so bleibt es anhängig (a. M. Jäger Anm. 5). Das Verfahren braucht sich nicht auf den gegenwärtigen Konkurs zu beziehen (Anm. 4); namentlich ein wiederaufgenommenes Verfahren kann einen früheren Konkursfall betreffen. Im Falle eines nicht betrüglichen Bankerutts ist der Z.V. nicht von Amtswegen als unzulässig zurückzuweisen. Die Gläubiger mögen bei der Beschlußfassung oder das Gericht bei der Bestätigung, § 187, ermessen, welches Gewicht sie auf einen einfachen Bankerutt legen wollen.

4) Zu Nr. 3. Zu beachten ist der Unterschied zu Nr. 1, 2: „so lange" und zu Nr. 3: „wenn". Nach rechtskräftiger Verurtheilung wegen betrüglichen Bankerutts kann der G.Schuldner — im Interesse der Sittlichkeit und des Kredits — niemals einen Z.V. schließen. Auch eine Begnadigung würde diese Wirkung nicht beseitigen, weil sie die privatrechtlichen Folgen der Verurtheilung nicht hindern kann. Die Vorschrift ist auch anwendbar, wenn der betrügliche Bankerutt einen früheren Konkurs betraf, der Bankerutirer bleibt mit dem Makel betrügerischer Vermögensverschleierung behaftet; der Fall einer vorgängigen rechtskräftigen Verurtheilung wegen des gegenwärtigen Konkursfalls dürfte kaum jemals eintreten. Dernburg 2, § 126 Nr. 3 zu b; Endemann S. 591; F. Wach

Digitized by Google

S. 23 f. A.M. Kohler S. 475; Petersen-Kleinfeller Anm. 4; Sarwey-Boffert Anm. zu 3; Jäger Anm. 8; Völderndorff zu h, Fitting § 46 III.

§ 176. (163.)

Auf Antrag des Verwalters und, wenn ein Gläubigerausschuß bestellt ist, des letzteren kann das Gericht den Vergleichsvorschlag zurückweisen, wenn bereits in dem Konkursverfahren ein Vergleichsvorschlag von den Gläubigern abgelehnt oder von dem Gerichte verworfen oder von dem Gemeinschuldner nach der öffentlichen Bekanntmachung des Vergleichstermins zurückgezogen worden ist.

E. I. 168 Nr. 3. 170. P. 189 Nr. 3.

1. Vorprüfungsverfahren. | 3. Befugnisse des Gerichts.
2. Recht des Verwalters und des Gl.Ausschusses. | 4. Verworfener Vergleichsvorschlag.

1) **Die Vorprüfung des Vorschlages** durch den Verwalter und den Gl.Ausschuß, §§ 176, 177, hat das Gericht zu veranlassen, wenn sie nicht schon auf Betreiben des G. Schuldners vor der Einreichung des Vorschlages an das Gericht erfolgt ist. Wird der Vorschlag vom G.Schuldner dem Gerichte eingereicht, ohne daß eine Erklärung des Verwalters und des G.Ausschusses beigefügt ist, so hat das Gericht sachgemäß den Vorschlag unter Bestimmung einer Frist an den Verwalter und nöthigenfalls an den Gl.Ausschuß zur Erklärung zuzustellen.

2) **Verwalter und Gl.Ausschuß** haben das Recht, ohne in die nach § 177 vorgeschriebene sachliche Prüfnng einzutreten, bei dem K.Gericht den Antrag zu stellen, daß der Vorschlag zurückgewiesen werde. Sie werden es aber nicht leicht unterlassen, den Antrag zu begründen. Doch enthält eine von ihnen abgegebene Erklärung, daß der Vergleich unannehmbar sei, noch nicht einen Antrag aus § 176. Gegen einen ablehnenden Beschluß steht ihnen die Beschwerde zu. Ist kein Gl.Ausschuß bestellt, so handelt der Verwalter allein; anderenfalls können nur beide zusammen handeln (Mot. 411).

3) **Das K.Gericht** kann den Vergleichsvorschlag ohne Weiteres zurückweisen, wenn der Antrag und eine der bestimmten Voraussetzungen vorliegen. Die Gründe dafür liegen in dem Ermessen des Gerichts. Gegen die Zurückweisung hat der G.Schuldner die Beschwerde. Es handelt sich aber nur um eine Befugniß des Gerichts (kann), wenn auch das Gericht verpflichtet ist, von seiner Befugniß nach den Umständen des Falles Gebrauch zu machen, und daraus folgt, daß weder eine frühere Ablehnung eines Vorschlags durch die Gläubiger, noch auch eine frühere Verwerfung durch das Gericht einen Einwand rechtskräftiger Vorentscheidung begründen (a.M. Hellmann Anm. 2), vielmehr zu jeder Zeit eine Wiederholung stattfinden kann.

4) Ein von Gericht **verworfener Vergleichsvorschlag** ist nicht ein wegen Verstoßes gegen §§ 173, 174 zurückgewiesener Vorschlag, sondern vielmehr ein gemäß §§ 186—188 verworfener Vergleich. Vgl. Anm. 1 zu § 174.

§ 177. (164.)

Wird der Vergleichsvorschlag nicht zurückgewiesen, so hat der Gläubigerausschuß sich über die Annehmbarkeit des Vorschlags zu erklären.

Erklärt der Gläubigerausschuß den Vorschlag nicht für annehmbar, so ist ein Widerspruch des Gemeinschuldners gegen die Verwerthung der Masse nicht zu berücksichtigen.

E. I. 169. 171.

1. Fortsetzung des Vorprüfungsverfahrens. | 2. Erklärung des Ausschusses.

1) **Die Fortsetzung des Vorprüfungsverfahrens,** die sachliche Prüfung (vgl. Anm. 2 zu § 176) erfolgt nur, wenn der Vergleichsvorschlag nicht schon deshalb zurückgewiesen wird, weil er entweder zu früh oder zu spät gegen § 173 eingebracht ist, oder sein Inhalt

Digitized by Google

dem § 174 zuwider ungenügend ist, oder dem G.Schuldner ein Unwürdigkeitsgrund aus § 175 oder ein Widerspruch im Falle des § 176 entgegensteht. Das Gericht muß bei der Uebermittelung des Vorschlags an den Gl.Ausschuß (vgl. Anm. 1 zu § 176) eine Erklärung über die Annehmbarkeit fordern. Falls der Ausschuß eine Erklärung nicht abgeben sollte, hat das Gericht kein Mittel, ihn zur Erklärung zu zwingen. Von der Unterlassung einer bloßen Zweckmäßigkeitsmaßregel hat jedoch offenbar nicht der weitere Fortgang des Verfahrens abhängig gemacht werden sollen. Die Erklärung des Ausschusses ist auch nicht als unumgängliche Vorbedingung des Verfahrens aufgestellt; fehlt sie, so kann nur § 177 Abs. 2 keine Anwendung finden Sarwey-Bossert Anm. 3 § 179, Jäger Anm. 1; a.M. Hullmann Anm. 1 § 166. Unterläßt das Gericht die Aufforderung an den Gl.Ausschuß, so findet § 186 Nr. 1 Anwendung; die Aufforderung ist nachzuholen, desgleichen, wenn eine Erklärung eingeht, die Niederlegung und die Abstimmung §§ 178 ff.

Der Ausschuß kann den G.Schuldner zuvor hören und zur Vernehmung laden, § 100.

2) **Die Erklärung des Ausschusses**, daß der Vorschlag nicht annehmbar sei, hat nach Abs. 2 die positive Wirkung, einen Widerspruch zu entkräften, auf Grund dessen das Gericht sonst nach § 135, § 133 Nr. 1 die Verwerthung der Masse untersagen könnte. Im Uebrigen hat die Erklärung des Ausschusses, die dem Gerichte einzureichen ist, nur die Wirkung eines Gutachtens (§§ 178, 179). Die Vorprüfung und Erklärung sollen theils ein geeignetes Mittel bilden, die für die Gläubiger nöthige Information zu beschaffen und die Vergleichsbedingungen mit dem G.Schuldner zu regeln, theils den Gläubigern, zumal entfernten, für ihre Entschließung und dem G.Schuldner für den Erfolg seines Vorschlags einen Anhalt bieten. Mot. 411. Unabhängig von § 177 ist die Befugniß des Gerichts, nach § 160 die Vornahme einer Abschlagsvertheilung auszusetzen.

§ 178. (165.)

Der Vorschlag und die Erklärung des Gläubigerausschusses sind auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Betheiligten niederzulegen.

E. I. 172. P. 181.

1) Die §§ 177 ff. beschreiben fortschreitend den Gang des Verfahrens. Vorschlag und Erklärung sind vor oder spätestens mit der im § 179 vorgeschriebenen Bekanntmachung des Vergleichstermins niederzulegen. Nach der Bekanntmachung müssen die Gläubiger erwarten, daß die Schriftstücke niedergelegt sind.

§ 179. (166.)

Der Vergleichstermin soll nicht über einen Monat hinaus anberaumt werden. Der Termin ist öffentlich bekannt zu machen. Zu demselben sind der Gemeinschuldner, der Verwalter sowie unter Mittheilung des Vergleichsvorschlags und des Ergebnisses der Erklärung des Gläubigerausschusses die nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger, welche Forderungen angemeldet haben, besonders zu laden.

In der Bekanntmachung ist zu bemerken, daß der Vergleichsvorschlag und die Erklärung des Gläubigerausschusses auf der Gerichtsschreiberei des Konkursgerichts zur Einsicht der Betheiligten niedergelegt seien.

E. I. 173. 174. P. 182—184. K. O. N.

1. Vergleichstermin und Betheiligte.
2. Nichtbevorrechtigte K.Gläubiger.
3. Bekanntmachung und Ladung.
4. Verhandlung im Termin.

1) In dem zum Zweck der Beschleunigung des Verfahrens nicht über einen Monat hinauszuschiebenden **Vergleichstermin** finden die eigentlichen und endgültigen Verhandlungen über den Vorschlag des G.Schuldners statt. Das ergiebt sich aus der Bezeichnung „Vergleichstermin" und folgt ferner daraus, daß bis zur Annahme durch die Gläubiger der

Digitized by Google

G.Schuldner seinen Antrag ändern oder ganz zurückziehen kann. Nur die im Termin abgegebenen Erklärungen des G.Schuldners, der Gläubiger oder ihrer Vertreter sind maßgebend. Daraus folgt, daß **als Betheiligte** jedenfalls die Vergleichschließenden, der G. Schuldner und die nicht bevorrechtigten K. Gläubiger im Termin vertreten sein müssen. Die von Endemann S. 597 vertretene Ansicht, daß auch ohne Anwesenheit oder Vertretung des G.Schuldners über seinen Vorschlag abgestimmt werden könne, und daß eine persönliche Anwesenheit des G.Schuldners nur erforderlich sei, wenn sie zur Auskunftsertheilung, §§ 100, 101, nöthig erscheine und angeordnet sei, konnte sich früher darauf stützen, daß die Ladung des G.Schuldners in der alten Fassung des § 179 nicht vorgeschrieben war. Die Novelle hat die Ladung ausdrücklich angeordnet. Mit dem G.Schuldner hat auch ein Vergleichsgarant als Vertragsschuldner persönlich oder durch einen Bevollmächtigten seine Erklärungen im Vergleichstermin abzugeben. Das Erscheinen des Verwalters ist zum Vergleichsabschlusse unmittelbar nicht erforderlich, da es sich bei dem Z.B. nicht um Verwaltung und Verfügung über die K.Masse während des Konkurses, sondern um die Rechtsstellung des G.Schuldners gegenüber seinen K.Gläubigern für die Zeit nach dem Konkurse handelt. Er kann aber gutachtlich und zur Ertheilung von Auskunft thätig sein, wird deshalb geladen und kann im Wege der Aufsicht zum Erscheinen nach §§ 83, 84 angehalten werden.

2) Die **nichtbevorrechtigten K.Gläubiger** kommen für die Verhandlung gemäß § 182 nur in Betracht, soweit sie stimmberechtigt sind, das heißt, soweit ihre Forderungen festgestellt oder ihnen gemäß §§ 95, 96 ein Stimmrecht gewährt ist. Die Feststellung sowohl, wie die Gewährung eines dauernden Stimmrechts, § 95 Abs. 1, erfolgt unter Mitwirkung aller Gläubiger, einer besonderen Feststellung des Stimmrechts für den Zwangsvergleich bedarf es nicht. Ist der Prüfungstermin mit dem Vergleichstermin verbunden, § 180, so erfolgt die Feststellung des Stimmrechts ebenfalls vor der Vergleichsverhandlung. Indessen kann auch erst im Vergleichstermin die Gewährung eines Stimmrechts gemäß § 95 Abs. 2, § 96 in Frage kommen; die Entscheidungen darüber erfolgen vor der Vergleichsverhandlung. Haben die Vergleichsverhandlungen angefangen, so brauchen Anmeldungen, die später erfolgen, für ein Stimmrecht nicht mehr berücksichtigt zu werden. Auf Grund der Tabelle läßt sich eine, wenn auch erst im Termine abzuschließende Liste der stimmberechtigten Gläubiger und Forderungen vorbereiten.

3) Die Heranziehung der Betheiligten zum Termin erfolgt durch **Bekanntmachung und Ladung.** In den besonderen Ladungen ist das „Ergebniß der Erklärungen des Gl. Ausschusses nur kurz dahin zusammenzufassen, ob der Vorschlag als annehmbar oder nicht annehmbar oder zweifelhaft in der Annehmbarkeit bezeichnet worden ist". In die öffentliche Bekanntmachung brauchen Vorschlag und Erklärung des Gl.Ausschusses nicht mit aufgenommen zu werden. Es genügt, als Gegenstand der Beschlußfassung gemäß § 98 einen Vergleichsvorschlag des G.Schuldners ohne Inhaltsangabe zu bezeichnen. Doch sollen nach den Ergänzungen der Novelle die Gläubiger darauf hingewiesen werden, wo sie nähere Aufklärungen über den Vergleichsvorschlag und die Aeußerung des Gl.Ausschusses finden können. Die Ladung des Betheiligten gilt gemäß § 76 Abs. 3 als durch die Bekanntmachung erfolgt. Die Gültigkeit des Vergleichs hängt von der besonderen Ladung, die Satz 3 vorschreibt, nicht ab, obwohl der Vergleichsvorschlag und die Erklärung des Ausschusses in der Bekanntmachung nicht enthalten sind. A.M. Jäger Anm. 1.

4) **Der Gang der Verhandlung im Termine** ist durch die Sache gegeben. Zunächst sind die Stimmrechte festzustellen, streitige zu entscheiden, vgl. Anm. 2; und zwar nicht bloß für die Forderungen der anwesenden und vertretenen Gläubiger, sondern aller stimmberechtigten, vgl. Anm. 4 § 182. Sodann hat der G.Schuldner den Vorschlag zu begründen. Er kann hierbei noch immer eine Aenderung des Vorschlags vornehmen, erst die von den Gläubigern angenommenen Erklärungen sind bindend; doch können Aenderungen, die den Gläubigern ungünstiger sind, nicht in diesem Vergleichstermin erledigt werden, weil die nicht erschienenen Gläubiger nur von dem günstigen Vorschlag Kenntniß erhalten haben oder erhalten konnten und nur die Verhandlung hierüber versäumt haben. Macht

Digitized by Google

der G.Schuldner einen neuen Vorschlag mit ungünstigeren Bedingungen, so gilt der alte als zurückgenommen im Sinne des § 176, so daß auf Antrag des Verwalters und des Gl.Ausschusses jeder andere Vorschlag ohne Weiteres zurückgewiesen werden kann. Der Verwalter und der Ausschuß haben sich gutachtlich zu äußern. Etwaige Aenderungen, der Gang der Verhandlung, die Entscheidungen des Gerichts (§§ 95, 96), die Abstimmung und die Verkündung des Ergebnisses sind durch das Protokoll oder durch Anlagen dazu festzustellen. Der Unterzeichnung des Protokolls durch die Betheiligten bedarf es nicht. C.P.O. §§ 162, 163, 160. Versuche getrennter Abstimmung über die nebeneinander angebotenen selbständigen Einzelheiten eines Vergleichs, um etwa den Wegfall einzelner Bedingungen herbeizuführen, sowie andere Versuche zur Einigung sind zulässig, Mot. 413. Wesentlich ist jedoch, daß derjenige Inhalt, der als angenommen gelten soll, in bestimmter Formulierung festgestellt, von dem G.Schuldner und, falls das Eintreten Dritter Bedingung ist, auch von ihnen gewollt und erklärt wird und die erforderlichen Stimmen der Gläubiger für sich hat.

§ 180. (167.)

Auf Antrag des Gemeinschuldners und, wenn ein Gläubigerausschuß bestellt ist, des letzteren kann das Gericht den Vergleichstermin mit dem allgemeinen Prüfungstermine verbinden.

E. I. 173.

1) Der allgemeine Prüfungstermin ist schon bei der Eröffnung des Konkurses zu bestimmen. Beide Termine von vornherein zu verbinden, ist deshalb nur möglich, wenn der G.Schuldner schon vor der K.Eröffnung einen Vergleichsvorschlag gemacht hat. Daß aber im § 180 ein Antrag des Gl.Ausschusses vorgesehen ist, der immer erst nach der K.Eröffnung bestellt werden kann, läßt erkennen, daß auch die nachträgliche Verbindung vorgesehen sein sollte. Wenn der Vergleichstermin mit dem allgemeinen Prüfungstermine verbunden wird, wofür ein übereinstimmender Antrag des G.Schuldners und des G.Ausschusses, falls ein solcher bestellt ist, nöthig ist, so muß die Prüfung der Vergleichsverhandlung vorangehen. — Mit Bezug auf die Mot. S. 412, die den Verwalter und den G.Ausschuß als diejenigen bezeichnen, deren Anträge für § 180 erfordert werden, nimmt Völderndorff zu i einen Druckfehler im Gesetze an und will statt des G.Schuldners den Verwalter hineinschreiben. Indeß der Verwalter hat nach der K.O. für den gesammten J.V. nur eine Gutachterrolle und kann vom Gerichte ohnehin immer gehört werden. Der G.Schuldner dagegen und nicht der Verwalter ist für den Vergleich der Interessirte. Der Druckfehler liegt also eher in den Mot. Jedenfalls ist die ohnehin nur fakultative Vorschrift („kann") Gesetz, wie sie lautet.

§ 181. (168.)

Der Vergleich muß allen nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern gleiche Rechte gewähren. Eine ungleiche Bestimmung der Rechte ist nur mit ausdrücklicher Einwilligung der zurückgesetzten Gläubiger zulässig. Jedes andere Abkommen des Gemeinschuldners oder anderer Personen mit einzelnen Gläubigern, durch welches diese bevorzugt werden sollen, ist nichtig.

E. I. 176. P. 186 Nr. 3.

1. I. Inhalt des Vergleichs. Gleiche Rechte.
2. Einwilligung der Zurückgesetzten.
3. Berücksichtigung der Vorschrift des Satz 1 durch das Gericht.
4. II. Nichtigkeit eines von Satz 3 betroffenen Abkommens.
5. Folgen der Nichtigkeit für erfolgte Leistungen.
6. Inhalt eines verbotenen Abkommens.
7. III. Vergleiche außerhalb des Konkurses.

1) I. **Inhalt des Vergleichs. Gleiche Rechte.** Dem Anspruche der Gläubiger auf gemeinschaftliche Befriedigung entspricht es, daß der Vergleich Allen nach §§ 173, 193 vom Vergleiche betroffenen, mithin allen nicht bevorrechtigten Gläubigern gleiche Rechte gewähren muß, also ohne Rücksicht, ob sie am K.Verfahren oder an dem Vergleichsverfahren theilnehmen, für oder gegen den Akkord stimmen, oder noch überhaupt unbekannt sind

Digitized by Google

(§ 193). Die Zurücknahme der Anmeldung ändert daher nichts. Nur der Verzicht auf die Forderung selbst beseitigt den Gläubiger aus der Klasse der Gläubiger, vorausgesetzt, daß der Verzicht nicht zum Scheine erklärt ist. Völderndorff zu a Note 2 hält einen Verzicht auf die Befriedigung im K.Verfahren (die durch den Z.V. ohnehin beseitigt werden soll) für genügend, wenngleich der Gläubiger sich die Forderung für später vorbehielte. Indeß nach Natur und Zweck des Akkordverfahrens ist eine solche Scheidung nicht zulässig; ein K.Gläubiger, der sich seine Forderung vorbehielte, müßte immer von den §§ 193, 181 betroffen werden.

Unter den hiernach Betheiligten darf der Akkord Keinem größere Rechte gewähren, höhere Prozente, bessere Bedingungen, andere Zahlungstermine, höhere oder verschiedene Sicherheit. Vgl. zu der gleichen Vorschrift der P. § 186 Nr. 3: Obtr. 53, 368; Strieth. 57, 229; R.O.H. 4, 21. Wegen der Sicherheit vgl. Anm. 3 § 174 und Höppner, Busch II, 82 ff., 91 ff.

2) **Nur die Einwilligung der Zurückgesetzten** läßt eine Ausnahme von Satz 1 zu. Daß die Einwilligung grade in der gerichtlichen Vergleichsverhandlung erklärt sei, ist nicht erforderlich. Mot. 407. Aber alle zurückgesetzten, nicht bloß die im Termine anwesenden zurückgesetzten Gläubiger müssen ihre ausdrückliche Zustimmung erklären; und da sich kaum feststellen läßt, ob nicht unter unbekannten Gläubigern noch zurückgesetzte sich befinden, so wird bei solchen Unterscheidungen dem Satze 2 nur Genüge zu leisten sein, wenn die unbekannten Gläubiger zu den meistbegünstigten gestellt werden. Das trifft namentlich in dem praktisch wichtigsten Falle zu, daß nicht ein Gläubiger bevorzugt wird, sondern ein Gläubiger, um das Zustandekommen des Vergleichs zu fördern, sich eine nur für ihn bestimmte Zurücksetzung gefallen läßt.

3) Die Vorschriften des § 181 Satz 1 sind im Interesse aller K.Gläubiger, namentlich auch der Unbekannten erlassen, deshalb muß ein Verstoß gegen sie **von Amtswegen berücksichtigt werden**. Sobald in den Zwangsvergleich, wie er vor Gericht abgeschlossen wird, Bestimmungen aufgenommen werden, die eine verschiedene Berechtigung der K.Gläubiger zur Folge haben, ohne daß die Benachtheiligten damit einverstanden wären, muß der Vergleich verworfen werden. Erfolgt aber trotz des Verstoßes gegen § 181 Satz 1 die rechtskräftige Bestätigung, so ist damit der Vergleich gültig und hat die Wirkungen des § 193. Vgl. Vorbem. zu Titel 6. Ohne Einfluß auf die Bestätigung und unberührt von ihr bleibt ein nach Satz 3 nichtiges Abkommen, das neben dem Z.V. geschlossen ist; s. Anm. 4.

4) II. **Nichtigkeit eines entgegenstehenden Abkommens.** Zur Unterstützung der Absicht des Gesetzgebers, die Betheiligten nur gleichmäßig am Z.V. theilnehmen zu lassen, werden durch den Satz 3 geheime Abmachungen getroffen, die neben dem Vergleich herlaufen. Jedes dem § 181 widersprechende Abkommen ist „nichtig", also nicht bloß den K.Gläubigern gegenüber (wie §§ 7, 29) oder überhaupt nicht bloß beschränkt Einzelnen gegenüber unwirksam oder anfechtbar, sondern unbedingt nichtig, wirkungslos, so daß sich Niemand darauf berufen kann. Es ist zu behandeln, als wenn es nicht geschlossen wäre, ohne daß ein Theil erst noch einen richterlichen Ausspruch für die Ungültigkeit zu erwirken brauchte. Unter den Betheiligten selbst ist vollends das Abkommen unverbindlich. Enthält das Abkommen noch andere den Z.V. nicht angehende Bestimmungen, so verfallen im Zweifel auch diese der Nichtigkeit, B.G.B. § 139. Die Nichtigkeit tritt unabhängig von der Betheiligung des G.Schuldners selbst („oder anderer Personen"), von dem Erfolge des Abkommens und von dem Verhalten des Bevorzugten bei Schließung des Vergleichs ein; es ist dafür gleichgültig, ob ein Dritter (selbst ohne Wissen des Schuldners) den Gläubiger bevorzugt, ob der Bevorzugte am Vergleichsschlusse nicht theilnimmt oder gegen den Vorschlag stimmt oder seine Stimme ohne Einfluß auf das Ergebnis ist, und ob in Folge des Abkommens der Z.V. zu Stande gekommen ist. **RG.** 28, 96; 30, 22; 39, 17 ff.; 26. März 1885, Raff.K. 29, 1034. Ein dem § 181 widersprechendes Abkommen braucht zwar nicht von Amtswegen berücksichtigt zu werden, weil es in den Vergleich nicht aufgenommen wird und nur dieser der Prüfung des Gerichts unterliegt; es berechtigt aber die Gläubiger, die Verwerfung zu beantragen, § 188 Nr. 1, oder den Erlaß anzufechten,

Digitized by Google

§ 196. Es setzt außerdem die Vertragschließenden der Bestrafung nach §§ 241, 243 aus, wenn die weiteren Voraussetzungen dieser Vorschriften vorhanden sind. — Eine Heilung der Nichtigkeit durch Bestätigung des Z.V. tritt nicht ein, wohl aber können die Zurückgesetzten nachträglich ihre Zustimmung zu dem Abkommen geben und dadurch den Fall des Satz 2 herbeiführen. RG. 28, 99, 100. Die Entscheidung über die Nichtigkeit wird nicht vom K.Gerichte, sondern im gewöhnlichen Verfahren vom Prozeßgerichte getroffen. RG. 28, 99, 100; 14. April 1893, JW. 269.

5) **Die Folgen der Nichtigkeit für schon erfolgte Leistungen** müssen nach dem bürgerlichen Rechte beurtheilt werden. Nach B.G.B. § 817 kann das Geleistete zurückgefordert werden, wenn der Empfänger mit der Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt. Dies ist bei einem nach Satz 3 verbotenen Abkommen immer der Fall. Aber auch die anderen Vertragschließenden, G.Schuldner oder Dritte, die eine durch Satz 3 verbotene Begünstigung *wollen*, machen sich des gleichen Verstoßes schuldig und verfallen deshalb der Vorschrift des B.G.B. § 817 Satz 2, das dem Leistenden in solchem Falle die Rückforderung untersagt. Vgl. Planck Anm. zu B.G.B. § 813; Jäger Anm. 8, Petersen-Kleinfeller Anm. 6. Zum Theil abweichend: Seuffert S. 423.

6) **Ein Abkommen wird von der Vorschrift des Satz 3 nur betroffen**, wenn es einzelnen Gläubigern einen Vorzug gewähren *soll*. Nicht jedes Abkommen also, das objektiv einen Gläubiger bevorzugt, ist schon um deswillen nichtig. Die Nichtigkeit besteht nur für ein solches, das mit dem zu schließenden Z.V. in Verbindung steht und mindestens im Bewußtsein einer Bevorzugung geschlossen ist. S. RG. 41, 41 ff. und die dort wiedergegebene Literatur. Dabei wird aber die Nichtigkeit des für den Fall des Z.V. geschlossenen Abkommens nicht dadurch beseitigt, daß es zugleich für den Fall anderweiter K.Beendigung getroffen ist. RG. 28, 96. Maßgebend ist für Satz 3, daß das Abkommen einen Vorzug eines Gläubigers erstreben muß, der zur Zeit des Vergleichsabschlusses sich als Bevorzugung darstellt, RG. 5. Jan. 1889, JW. 69. Dies kann auch dann der Fall sein, wenn der Eintritt des Vergleichs noch ungewiß ist. Nicht nöthig zur Anwendung des Satzes 3 ist es, daß ein Abkommen darüber getroffen ist, der Gläubiger solle für den Z.V. stimmen. RG. 8. Juli 1893, J.W. 427. Petersen-Kleinfeller Anm. 3. Dagegen sind die Vereinbarungen, die G.Schuldner und Andere *nach* Bestätigung des Vergleichs treffen, nach dem Zwecke und dem Zusammenhange der Vorschrift von ihr nicht betroffen. Anm. 1 § 193; Eccius I, § 120 Anm. 5; a.M. Stieglitz Anm. II.

Ob durch ein Abkommen, wenngleich es dem Vergleiche zeitlich vorangegangen ist, wie bei solchen Geschäften die Regel ist, einzelne Gläubiger bevorzugt werden sollen, unterliegt der thatsächlichen Würdigung. Die Form des geheimen Vertrages (Verzicht gegen besondere Vortheile, Abtretung an Andere, die nur an den gleichen Rechten theilnehmen sollen und dergl.) ist nicht entscheidend. Jede Verschleierung der Bevorzugung in einem für den Fall des Z.V. geschlossenen Abkommen wird von der Nichtigkeit betroffen, RG. 30, 22. Nach praktischer Erfahrung ist gerade die Form des Aufkaufens von K.Forderungen für Willigere (insbesondere Verwandte) und die Cession an diese alsdann Zustimmenden die am meisten übliche Form der Bevorzugung.

7) III. Abweichend gilt **bei Vergleichen außerhalb des Konkurses** die Ungleichheit von Versprechungen nicht als unerlaubt oder contra bonos mores, RG. 6, 228, 27. Juni 1894, J.W. 438, Raff.K. 38, 879. Sie beeinträchtigt einen außerkonkursmäßigen Vergleich nicht, wenn nicht die Gleichmäßigkeit Vertragsbedingung ist oder ein betrügerisches Verhalten (Veranlassung oder Benutzung eines Irrthums über gleichmäßige Behandlung) die Aufhebung eines solchen Vergleichs begründet, RG. 21. Nov. 1885, J.W. 1886 S. 21. Andererseits ist die Gleichmäßigkeit für solche Verträge auch nicht als Regel anzusehen und eine Vermuthung dafür nicht begründet, RG. 8. Febr. 1887, J.W. 100, Raff.K. 31, 1131. Kann dagegen auch außerhalb des Konkurses der Vergleich durch Zwang herbeigeführt werden (vgl. Vorbem. vor diesem Titel), so muß man aus der gesetzgeberischen Absicht, die auch dort dem Z.V. zu Grunde liegt, auch dort ein Sonderabkommen von der im Satz 3 genannten Art als gegen die guten Sitten verstoßend ansehen.

Digitized by Google

§ 182. (169.)

Zur Annahme des Vergleichs ist erforderlich, daß

1. die Mehrzahl der in dem Termine anwesenden stimmberechtigten Gläubiger dem Vergleiche ausdrücklich zustimmt, und
2. die Gesammtsumme der Forderungen der zustimmenden Gläubiger wenigstens drei Viertheile der Gesammtsumme aller zum Stimmen berechtigenden Forderungen beträgt.

Wird nur eine der Mehrheiten erreicht, so kann der Gemeinschuldner bis zum Schlusse des Termins die einmalige Wiederholung der Abstimmung in einem neuen Termine verlangen. Das Gericht hat denselben zu bestimmen und im Termine zu verkünden.

E. I. 177. P. 186—188.

1. I. Beschluß über den Vergleichsvorschlag.
2. Doppelte Mehrheit für die Annahme des Vergleichs.
3. Ergebniß der Abstimmung.
4. II. Personenmehrheit. a) stimmberechtigte Gläubiger.
5. b) Vertreter der Gläubiger.
6. c) Gläubiger mehrerer Forderungen und Theilung.
7. d) Mehrere Berechtigte zu einer Forderung.
8. III Neuer Termin a) Voraussetzung.
9. b) Verhandlung.
10. c) Verkündung und Bekanntmachung.

1) I. Die Entscheidung über **die Annahme des Vergleichs** erfolgt im Vergleichstermin durch einen Beschluß der Gläubigerversammlung. Vgl. Vorbem. 2 zu diesem Titel. Für diese Gläubigerversammlung gelten die allgemeinen Vorschriften der §§ 94—97. Die Annahme oder Ablehnung erfolgt durch Abstimmung der anwesenden stimmberechtigten nicht bevorrechtigten K.Gläubiger. Abgestimmt wird über den im Termin und zwar bei der Abstimmung vorliegenden Vorschlag des G.Schuldners. Vgl. § 180 Anm. 4. Eine Abstimmung über einzelne Theile oder Bedingungen des Vorschlags kann den Zweck haben, für den G.Schuldner zu ermitteln, welche Form des Vergleichs die größere Aussicht auf Erfolg hat; eine solche Abstimmung ist nicht die zur Annahme des Vergleichs führende.

2) **Die Beschlußfassung für die Annahme** erfolgt, abweichend von der Vorschrift des § 94, gemäß § 182 mit einer **doppelten Mehrheit**, erstens der einfachen Personenmehrheit der anwesenden und stimmenden stimmberechtigten Gläubiger und zweitens der qualifizirten Mehrheit von drei Vierteln aller zum Stimmen berechtigenden Forderungen, gleichgültig, ob deren Gläubiger im Termin vertreten sind, mitstimmen oder abwesend sind, der Summenmehrheit.

3) **Das Ergebniß der Abstimmung** ist sofort zu ermitteln, schon deshalb, weil davon das Recht des G.Schuldners abhängt, die Wiederholung der Abstimmnng in einem neuen Termin zu verlangen (Anm. 8). Ist die doppelte Mehrheit nicht erreicht, so führt dies vorbehaltlich des erwähnten Rechts des G.Schuldners zur Erledigung des Vergleichsverfahrens in der Weise, daß das K.Verfahren fortgesetzt wird. Wird aber von einem Betheiligten mit der Behauptung, daß die Mehrheit erreicht sei, die Bestätigung des Vergleichs beantragt, so ist darüber durch einen der Beschwerde unterliegenden Beschluß zu entscheiden, mit dem die Bestätigung ertheilt oder versagt wird. — Sind die Mehrheiten erreicht, so liegt, wenn dies Ergebniß protokollirt wird, darin noch nicht eine für sich anfechtbare und der Rechtskraft fähige Entscheidung des Gerichts über eine der Voraussetzungen für das rechtmäßige Zustandekommen des Vergleichs. Diese Entscheidung wird vielmehr nur durch den Beschluß über die Bestätigung des Vergleichs gegeben, § 184.

II. **Die Personenmehrheit.**

4) a) Sie wird ermittelt durch das Verhältniß der anwesenden **stimmberechtigten Gläubiger** zu den ausdrücklich für die Annahme stimmenden. Die Gläubiger, die zwar anwesend sind, aber sich der Abstimmung enthalten, bleiben nicht, wie in anderen Gläubigerversammlungen, unberücksichtigt, sie zählen vielmehr bei Berechnung der anwesenden Gläubiger mit und gelten, da die Mehrheit nur nach den ausdrücklich Zustimmenden berechnet wird, als ablehnend. — Ueber die Feststellung der stimmberechtigten

Digitized by Google

Gläubiger vgl. Anm. 2 zu § 179. Ein Ausschluß bestimmter Personen, etwa wegen naher Verwandtschaft mit dem G.Schuldner, tritt nur gemäß § 183 bei den dort genannten Personen ein. Im Uebrigen ist auch ein Gläubiger, der sich für die Erfüllung eines Vergleichs verbürgt, also auf Seiten des G.Schuldners den übrigen K.Gläubigern gegenübertritt, weder von der Stimmberechtigung auszuschließen, noch scheidet der Betrag seiner Forderung bei der Berechnung der zum Stimmen berechtigenden Forderungen (Nr. 2) aus. Der Gesichtspunkt, daß er nicht mit sich selbst kontrahiren könne, entscheidet hier nicht, weil er bei der Stimmabgabe noch nicht kontrahirt, sondern nur zur Herstellung der den Vertragsschluß herbeiführenden Willensmeinung der Gl.Versammlung beiträgt und weil die Vorschriften des § 182 die Feststellung des nöthigen Mehrheitswillens nur von der Stimmberechtigung für die nach §§ 95, 96 berechtigten Forderungen an sich ohne Rücksicht auf das Verhältniß zum G.Schuldner abhängig machen, abgesehen von der Gewähr, die im § 188 gegen einen Mißbrauch gegeben ist. Vgl. Obtr. **30**, 392; **75**, 229. **RG. 4**, 301 ff.; 28. Febr. 1889, J.W. 154; Schultze S. 128. Eine Abtretung stimmberechtigter Forderungen kann bis zur Abstimmung erfolgen. Vgl. über die Rechtsnachfolge Anm. 2 zu § 95, Anm. zu § 167, Anm. 3 zu § 183.

Ob die stimmenden Gläubiger verfügungsberechtigt und die etwa auftretenden Vertreter als solche legitimirt sind, ist von Amtswegen zu prüfen.

5) b) **Eine Vertretung der Gläubiger** im Vergleichstermin ist nach allgemeinem Rechtsgrundsatze zulässig. Gemäß entsprechender Anwendung der C.P.O. §§ 81, 79, 83 ermächtigt die für das K.Verfahren einer prozeßfähigen Person ertheilte Vollmacht auch zum Vergleiche, Anm. 1 § 97, Anm. 2 § 72. In Betreff der gesetzlichen Vertreter kommt in Frage, inwieweit sie nach dem bürgerlichen Rechte zur Vertretung im K.Verfahren berechtigt sind. C.P.O. §§ 51, 53, 54. Sind sie dazu legitimirt, so bedürfen sie nach entsprechender Anwendung des § 54 C.P.O. zum Z.B. auch dann keiner besonderen Ermächtigung, wenn diese sonst zu Vergleichen für sie nöthig ist; denn für dies Verfahren als außerordentliches Prozeßverfahren zur K.Beendigung sind überhaupt nicht die Voraussetzungen eines vertragsmäßigen Vergleichs, sondern die der Vertretung im Prozeßverfahren entsprechend entscheidend, und im Sinne der K.O., zumal da sie den Vergleich als eine regelmäßige Art der Beendigung des Verfahrens ansieht (Prot. 113), ist die Abstimmung über den Z.B. nur eine Prozeßhandlung in der Bedeutung des § 54 C.P.O. Deshalb bedarf trotz B.G.B. § 1812, § 1822 Nr. 12 der Vormund zur Abstimmung weder der Zustimmung des Gegenvormundes noch der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, wobei die Frage, inwieweit sich der Vormund durch die Abstimmung verantwortlich macht, unberührt bleibt. Ebenso Eccius I § 180 zu Anm. 2; Seuffert § 55 Anm. 8; Jäger Anm. 2. — Dieselbe Person kann gleichzeitig mehrere Gläubiger vertreten und für sie verschieden abstimmen. Maßgebend sind die Abstimmungen so, wie sie thatsächlich erfolgt sind, ohne Rücksicht auf abweichende Instruktionen eines Machtgebers oder auf Anträge über die Abstimmung, die den Stimmenden entschädigungspflichtig machen mögen.

6) c) **Die Stimmen werden nach den Gläubigern gezählt**, nicht nach den Forderungen, soweit die Gläubiger selbständige, von einander unabhängige Forderungen haben. Deshalb hat ein Gläubiger, der mehrere Forderungen auf sich vereint, nur eine Stimme, und auf eine Forderung, die zwischen mehreren Personen vertheilt ist, entfallen soviel Stimmen wie Theile entstanden sind. Abtretungen in einzelne Theile können bis zur Abstimmung erfolgen. Liegt ihnen eine unlautere Absicht zu Grunde, so schützen § 183 Abs. 2, § 188 Nr. 1. Der Bevollmächtigte hat so viele Stimmen, als er Gläubiger vertritt, und außerdem seine eigene Stimme, wenn er selbst Gläubiger ist.

7) d) **Mehrere Inhaber einer Forderung**, die nur von den Mehreren gemeinschaftlich geltend gemacht werden kann, sind zusammen nur als eine Person zu rechnen; sie müssen sich über die Ausübung des Stimmrechts verständigen. Können sie das nicht, so sind sie als nicht stimmend zu behandeln. Solche Gläubiger sind unter anderen die Miterben, sowie die Theilnehmer einer aufgelösten Gütergemeinschaft bis zur Theilung, B.G.B. §§ 2032, 2039, 2040, 1442, § 1471 Abs. 2, § 1497 Abs. 2, §§ 1546, 1549.

Digitized by Google

Ist einem Dritten eine Forderung an Zahlungsstatt nach C.P.O. § 835 überwiesen, so ist dieser allein ohne Rücksicht auf den ursprünglichen Gläubiger stimmberechtigt. Aber der Gläubiger der einem Dritten nach C.P.O. § 835 nur zur Einziehung überwiesenen Forderung bleibt immer der Gläubiger, indeß durch die Pfändung und die in der Ueberweisung liegende Vollmacht zur Einziehung beschränkt; das Stimmrecht können nur Beide, der Gläubiger und der Dritte, gemeinschaftlich ausüben. RG. 18, 398. Auch für eine Forderung, die im Wege des Arrestes gepfändet ist, gilt dies, da die Abstimmung immer eine Verfügung über die Forderung bedeutet. Dasselbe gilt ferner gemäß B.G.B. §§ 1282, 1074, 1078 für die gemeinschaftliche Betheiligung des Gläubigers einer verpfändeten Forderung und des Pfandgläubigers, sowie des Gläubigers der einem Nießbrauche unterworfenen Forderung und des Nießbrauchers. In allen diesen Fällen gilt der „Gläubiger" auch nur dann als anwesend, wenn alle Betheiligte anwesend sind, da sonst jeder Einzelne bei Berechnung der Personenmehrheit das Ergebniß der Abstimmung beeinflussen könnte; Petersen-Kleinfeller Anm. 8. A.M. Oetker, Stellung des Forderungsgläub. im K. des Drittschuld. S. 13 ff. Da aber die nicht für den Vergleich stimmenden anwesenden Gläubiger als Ablehnende betrachtet werden müssen, Anm. 3, so kann, wenn beide Betheiligte anwesend sind, der vergleichsbereite die Berechnung der auf die Forderung entfallenden Stimmen als ablehnender nur dadurch verhindern, daß er sich entfernt. Für Gesammtgläubiger ist die Lage theilweise dieselbe. Von ihnen kann zwar ein Jeder durch einen mit dem Schuldner vereinbarten Erlaß das ganze Schuldverhältniß aufheben, B.G.B. § 423, § 429 Abs. 3, und demgemäß ist auch ein jeder Gesammtgläubiger für sich allein berechtigt, über den Vergleichsvorschlag abzustimmen, dessen wesentlicher Inhalt der Erlaß eines Theils der Forderung mit der Absicht, insoweit das ganze Schuldverhältniß aufzuheben, bildet; auch muß „der Gläubiger" als anwesend gelten, wenn nur einer der Gesammtgläubiger anwesend ist. Aber wenn mehrere anwesend sind, so sind sie auch nur für eine Person zu rechnen, und die mehreren in verschiedenem Sinne abstimmen wollen, so kann ihre Stimmabgabe nicht berücksichtigt werden, da bei dieser Vergleichsverhandlung der Wille des einen, der erlassen will, durch den Willen des anderen, der das Ganze erhalten will, aufgehoben wird.

8) III. Abs. 2. **Neuer Termin.** a) **Voraussetzung.** Werden durch die Abstimmung beide Mehrheiten Nr. 1 und 2 festgestellt, so ist der Vergleich angenommen und das Verfahren wird nach §§ 184 ff. fortgesetzt. Wird keine der beiden Mehrheiten erreicht, so ist der Vorschlag endgültig beseitigt; das Verfahren ist damit beendigt und ein etwaiger neuer Vorschlag unterliegt der Vorschrift des § 176. Ist eine der beiden Mehrheiten erreicht, so kann der G.Schuldner einen neuen Termin zu einer Wiederholung verlangen. Der Antrag darauf muß von ihm vor dem Schlusse des Termins (wofür C.P.O. § 136 Abs. 4 maßgebend ist) gestellt werden. Ob eine der Mehrheiten erreicht ist, muß sofort im Termine festgestellt werden, da sonst das Recht des G.Schuldners vereitelt werden könnte. Auf einen vor dem Terminsschluß gestellten Antrag des G.Schuldners muß ein neuer bestimmt und sofort verkündet werden. Das liegt in seinem Rechte: er kann „verlangen". Gegen eine Abweisung des Antrags steht dem G.Schuldner die Beschwerde zu, § 73. Indeß nur eine „einmalige" Wiederholung kann er verlangen; erfolgt in diesem zweiten Termine nicht eine unbedingte Annahme durch beide Mehrheiten, so ist der Vorschlag auch dann endgültig gefallen und eine Abstimmung nicht zu wiederholen, wenn diesmal wieder nur eine der beiden Mehrheiten (dieselbe wie früher oder die andere) erreicht ist.

9) b) „Für den neuen Termin gelten alle für den ersten ertheilten Vorschriften; **die Verhandlung ist in allen Theilen zu wiederholen**; die früheren Erklärungen haben an sich keine Wirkung." Mot. 416. Die früher Zustimmenden können nun gegen den Zwangsvergleich stimmen und umgekehrt. Theilnehmer des früheren Termins können sich des Erscheinens oder der Abstimmung enthalten. Früher nicht Erschienene können theilnehmen. Wiederholt werden soll nur, daß abgestimmt wird; nicht dieselbe frühere Abstimmung, was ja als zu demselben Ergebnisse führend sinn- und zwecklos wäre. Nur wenn im neuen Termine ein Vergleich — der von dem früheren Vorschlage abweichen kann — mit den nöthigen Mehrheiten geschlossen wird, ist er verbindlich.

Digitized by Google

10) Ob der neue Termin außer der Verkündung öffentlich bekannt gemacht zu werden braucht, könnte mit Rücksicht auf § 73 Abs. 2 bezweifelt werden, wonach jede Entscheidung von Amtswegen zuzustellen ist. Daß die Bestimmung eines neuen Termins auf den Antrag des G.Schuldners, also die Erklärung, daß die Voraussetzungen des Antrags nach Abs. 2 vorhanden sind und dem Antrage stattgegeben ist, eine Entscheidung im Sinne des § 73 ist (vgl. C.P.O. § 160 Nr. 5), sollte nach dem allgemeinen Begriffe der „Entscheidung" nicht füglich bezweifelt werden. Indeß wie für den im § 184 Abs. 2 bezeichneten Termin, so kann auch für den im § 182 Abs. 2 bezeichneten die Vorschrift: „er sei zu verkünden" nur bedeuten sollen, daß die Verkündung in diesem Falle die einzige erforderliche Art der Bekanntmachung bilden solle. Die Vorschrift würde sonst bedeutungslos sein. Ohnehin ist die Bestimmung des neuen Termins als Vertagung anzusehen, also auch nach § 93 Abs. 2 ohne öffentliche Bekanntmachung zulässig. Endemann S. 590. Wird der neue Termin erst in Folge einer Beschwerde bestimmt, Anm. 8, so ist er bekannt zu machen.

§ 183.

Bei der Berechnung des nach § 182 Abs. 1 Nr. 1, 2 erforderlichen Mehrheiten bleibt der Ehegatte des Gemeinschuldners außer Betracht, wenn er dem Vergleiche zugestimmt hat.

Das Gleiche gilt von demjenigen, welchem der Ehegatte des Gemeinschuldners während des Konkursverfahrens oder in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens eine Forderung gegen den Gemeinschuldner abgetreten hat, soweit das Stimmrecht auf der abgetretenen Forderung beruht. Diese Vorschrift findet keine Anwendung, wenn der Ehegatte zu der Abtretung durch das Gesetz oder durch einen Vertrag verpflichtet war, welcher früher als ein Jahr vor der Eröffnung des Konkursverfahrens geschlossen wurde.

K. O. N.

1. Stimmberechtigung des Ehegatten.
2. Forderung des Ehegatten.
3. Gemeinschaftliche Forderungen des Ehegatten und anderer Gläubiger.
4. Abgetretene Forderungen.
5. Ausnahmen bei abgetretenen Forderungen.

1) Die Stimmberechtigung des Ehegatten soll nach § 183 eine Einbuße erleiden. Es wird ihm nicht sein Stimmrecht überhaupt entzogen; er muß vielmehr im Vergleichstermin zugelassen werden und kann für oder gegen das Zustandekommen des Zwangsvergleichs wirken und mitstimmen. Seine Abstimmung gegen den Vergleich hat volle Wirksamkeit. Seine Abstimmung für den Vergleich aber soll so wirken, als gehöre er nicht mehr zu den stimmberechtigten Gläubigern. Der „Ehegatte" bleibt alsdann außer Betracht, das heißt sowohl mit seiner Stimme als Zahl als mit dem Betrag seiner Forderung und zwar hier wieder bei der Ermittelung der Gesammtsumme aller stimmberechtigten Forderungen ebenso wie bei der Summirung der dem Vergleich zustimmenden Forderungen. Die abweichende Ansicht von Jäger Anm. 3, daß die Forderung des Ehegatten nur bei den zustimmenden nicht hinzugerechnet, bei der Gesammtsumme aller Forderungen aber mitgezählt werden müsse, widerspricht sowohl dem Wortlaut des Gesetzes, denn die Berechnung der Mehrheit erfolgt gemäß § 182 nach dem Verhältnisse zweier Summen, die bei der Berechnung außer Betracht bleibende Forderung muß also bei beiden Summen außer Betracht bleiben, als auch der Billigkeit, denn es wäre eine doppelte Härte, wollte man die Forderung, der man die Fähigkeit, für den Vergleich zu wirken, nimmt, wider den Willen des Gläubigers auch noch als einen Theil der Gesammtsumme gegen den Vergleich wirken lassen. Der Ausweg von Jäger, der Ehegatte werde sich wohl, wenn er für den Vergleich sei, der Abstimmung enthalten, vermag den Ehegatten nicht besser zu stellen, solange er als stimmberechtigter Gläubiger gilt und seine Forderung gemäß § 182 Nr. 2 ohne Rücksicht auf seine Theilnahme an der Abstimmung mitgezählt werden muß. Wenn die stimmberechtigte Forderung des Ehegatten mehr als ein Viertel

Digitized by Google

aller stimmberechtigten Forderungen ausmacht, so ist nach der Ansicht von Jäger das Zustandekommen eines Vergleichs überhaupt ausgeschlossen.

2) **Die Forderung des Ehegatten** wird von dem Verbot schlechthin getroffen. Die Bestimmung soll nach dem Kommissionsbericht vom 16. März 1894 über den Antrag Rintelen S. 121 dazu dienen, eine Säuberung der Gläubiger herbeizuführen und den reichen Ehegatten an Durchstechereien und Manipulationen, besonders aber daran zu verhindern, sich in den Besitz des größten Theils der Forderungen zu setzen und so den Vergleich durch das Uebergewicht des von ihm vertretenen Kapitals herbeizuführen. Es kommt deshalb auf die Art oder die Zeit der Entstehung der Forderung nicht an; wohlbegründete Rechte des Ehegatten werden ebenso betroffen, wie Forderungen, die er erst von Anderen zum Gebrauch im Konkurse erworben hat. Andererseits sollen nach der Absicht des Gesetzgebers unter die Bestimmungen die früheren Forderungen des Ehegatten nur insoweit fallen, als sie von ihm vermuthlich nur deshalb weitergegeben sind, um die Vorschrift dieses Paragraphen zu umgehen. Es ist demzufolge nicht jeder Rechtsnachfolger des Ehegatten bedroht, sondern nur der, dem die Forderung von dem Ehegatten während des Konkurses oder innerhalb des letzten Jahres vor der K.Eröffnung abgetreten ist, ohne daß der Ehegatte dazu durch Gesetz oder einen vor der genannten Zeit geschlossenen Vertrag verpflichtet gewesen wäre. In dieser Weise hat der an und für sich bedenkliche Gedanke neben der Bestimmung des § 188 Nr. 1 zum Schutze gegen unlautere Machenschaften den Ehegatten durch eine Sondervorschrift zu treffen, eine gesetzgeberische Gestaltung gefunden, die noch weiteren Bedenken ausgesetzt ist. Um den Ehegatten zu verhindern, fremde Forderungen aufzukaufen und sich dadurch ein Uebergewicht unter den Gläubigern zu verschaffen, wird ihm das jedem Gläubiger zustehende Recht genommen, seine eigene einwandsfreie Forderung im vollen Umfange geltend zu machen, und um ihn nun weiter zu verhindern, seine Forderung zu veräußern, wird auch der redliche dritte Erwerber seines Stimmrechts beraubt, ohne daß ihm auch nur die Möglichkeit gelassen wird, seine Redlichkeit darzuthun. Dagegen aber kann der unredliche Ehegatte nach wie vor, anstatt fremde Forderungen selbst zu erwerben, sie durch einen gefälligen Dritten erwerben lassen und, anstatt die eigene Forderung abzutreten, sie vor dem Ausbruch des Konkurses tilgen und durch den G.Schuldner der Sache nach in der Hand eines Dritten wieder entstehen lassen. Die Vorschrift trifft daher in erster Linie den redlichen Ehegatten, während die Manipulationen des unredlichen nach wie vor nur durch die Bestimmung des § 188 Ziff. 1 unschädlich gemacht werden können.

3) Für **gemeinsame Forderungen des Ehegatten und anderer Gläubiger** kann von den Betheiligten nur gemeinschaftlich gestimmt werden, vgl. Anm. 7 zu § 182. Würde der Ehegatte auch im Falle des Miteigenthums der Vorschrift des § 183 unterliegen, so würden dadurch auch die Mitberechtigten ihres Stimmrechtes beraubt sein. So: Jäger Anm. 8, Petersen-Kleinfeller Anm. 6. Diese Folge würde weit über das gesetzgeberische Ziel hinausschießen, sie ergiebt sich auch nicht zwingend aus dem Wortlaut des Paragraphen, der als Ausnahmevorschrift auf das engste auszulegen ist. Bei mehreren Berechtigten stimmt nicht der Ehegatte, sondern die Stimme muß von allen Berechtigten abgegeben sein, die Stimme des Einzelnen kommt nur insofern in Betracht, als dadurch die Einigung aller Berechtigten hergestellt wird. Auch besteht keine Forderung des Ehegatten, die ziffernmäßig festgestellt werden und außer Betracht bleiben könnte; deshalb muß angenommen werden, daß die Rechte des Ehegatten als mitberechtigten Forderungsinhabers durch § 183 nicht berührt werden.

4) **Abgetretene Forderungen** sind nur die durch Willenserklärung des bisherigen Gläubigers auf einen neuen Gläubiger übergehenden Forderungen, worunter neben der vertraglichen Uebertragung derselben Forderung, B.G.B. § 398, wie Cession, Verpfändung, Indossament, Nießbrauchsbestellung, Uebertragung des ganzen Vermögens, auch ein solcher Uebergang fällt, bei dem die Forderung mit dem Willen des Ehegatten und auf der Grundlage der diesem zustehenden Forderung dem Schuldner gegenüber eine neue Gestalt erhält, wie bei der Anweisung. Vgl. **RG. 15**, 368 ff.; **45**, 372. Die Beschränkung, mit

Digitized by Google

der der neue Erwerber die Forderung übernimmt, muß ihr sinngemäß auch bei einer weiteren gleichen Uebertragung erhalten bleiben, so daß sie auch in der Hand des dritten Erwerbers der Vorschrift des § 183 unterworfen bleibt. — Ein Uebergang aber, der kraft Gesetzes erfolgt, vom Willen des Ehegatten also unabhängig ist, nimmt der Forderung den Charakter und damit die Beschränkung einer dem Ehegatten zustehenden. Dazu gehört vor Allem der Erbgang, auch der auf Grund Testamentes erfolgende, bei dem der Uebergang von dem Eintritt des Todes des Ehegatten abhängig ist, sodann Fälle, wie die des B.G.B. § 268 Abs. 3, § 774 Abs. 1. Ebenso ist es im Falle der Pfändung und der Ueberweisung der Forderung gleichgültig, ob diese an Zahlungsstatt oder zur Einziehung erfolgt. Im Falle der Ueberweisung an Zahlungsstatt wird der Erwerber berechtigt, in vollem Umfange selbst über die Forderung zu verfügen. Erfolgt die Ueberweisung nur zur Einziehung, so kann der Rechtsnachfolger, soweit es sich nicht um die Einziehung handelt, nur mit dem Schuldner zusammen über die Forderung verfügen. In diesem Falle erledigt sich die Beschränkung des Ehegatten. Vgl. Anm. 3.

5) **Die Ausnahmen bei abgetretenen Forderungen,** die in der Vorschrift des Abs. 2 aufgestellt sind, entspringen dem gesetzgeberischen Grunde der Vorschrift. Die Absicht des Ehegatten, mit der Abtretung die Vorschrift des ersten Absatzes zu umgehen, muß ausgeschlossen erscheinen, sobald sein Wille zwar zur Uebertragung erforderlich, aber durch das Gesetz gebunden war (Unterschied vom Uebergang kraft Gesetzes). Eine Verpflichtung zur Abtretung liegt z. B. vor in den Fällen des B.G.B. § 255, § 281 Abs. 1, §§ 346, 667, 675, 818. Sodann soll die Vermuthung der Gesetzesumgehung ausgeschlossen sein, wenn die Abtretung der Forderung ein Jahr vor K.Eröffnung erfolgt war, oder wenn sie zwar innerhalb des Jahres, aber auf Grund eines schon früher als ein Jahr vor der K.Eröffnung geschlossenen Vertrages erfolgt war. Handelt es sich um mehrere Abtretungen, so genügt es, daß die erste vom Ehegatten unmittelbar erfolgende außerhalb des Jahres fällt.

§ 184. (170.)

Der angenommene Zwangsvergleich bedarf der Bestätigung des Konkursgerichts.

Das Gericht entscheidet, nachdem es die Gläubiger, den Verwalter und den Gläubigerausschuß in dem Vergleichstermine oder einem zu verkündenden Termine gehört hat.

E. I. 178. 179. P. 190 ff.

1. Bestätigung. | 3. Betheiligte.
2. Verfahren. | 4. Weiterer Termin.

1) **Die Bestätigung des K.Gerichts** ist erforderlich, damit der Zwangsvergleich wirksam wird. Wird sie nicht ertheilt, so ist auch die Abstimmung der einzelnen Gläubiger wie der Beschluß der Gläubigerversammlung hinfällig. Die Vorschrift des Abs. 1 besagt nichts darüber, daß ein Beschluß über die Bestätigung nur dann erfolgen solle, wenn das Gericht den Vergleich für angenommen erachtet. Doch wird durch die Ablehnung jeder weitere Beschluß regelmäßig überflüssig. Vgl. Anm. 3 zu § 182. Andererseits steht die anfängliche Auffassung des Beschlusses der Gläubigerversammlung als Annahme des Vergleiches nicht entgegen, die Bestätigung wegen Mangels der Annahme zu versagen. Ueber die Natur des Bestätigungsbeschlusses vgl. Vorbem. 2, 3 vor § 173. Die Entscheidung erfolgt nach den zwingenden Vorschriften des Gesetzes und selbst da, wo das Gericht nach Ermessen zu handeln hat (§ 187 Satz 2, § 188 Abs. 1 Z. 2), nach richtigem Ermessen.

2) Für **das Bestätigungsverfahren** sind die Vorschriften der C.P.O. auch hier nur entsprechend anwendbar. Es soll indeß eine Verhandlung der Betheiligten stattfinden, § 184 Abs. 2. Das Verfahren ist das einer *mündlichen Verhandlung im Sinne der Konkursordnung*. Sie muß immer der Entscheidung vorangehen. Die Betheiligten (Anm. 3) sind in einem Termine zu „hören", d. h. es ist ihnen Gelegenheit zu Erklärungen im Termine zu geben, Anm. 2 § 73. Die Bezugnahme auf schriftliche Erklärungen ist

Digitized by Google

nicht unzulässig; aber zu berücksichtigen sind nur die mündlich im Termine geltend zu machenden. Um dies im Gegensatz zu den Vorschlägen des Entw. § 170 Abs. 2, 3, § 171 klar zu stellen, sind von der R.K. § 184 Abs. 2 und § 185 in der jetzigen Fassung redigirt. Es gilt hierüber, was über die Verhandlungen im Prüfungstermine. A.M. Jäger Anm. 6. — Wegen der Kosten vgl. Ger.Kost.Ges §§ 8, 51 Nr. 2, § 95. Wegen der Rechtsanw.Geb. s. §§ 56, 58, 59 Rechtsanw.Geb.O. Ueber die Kostenpflicht vgl. Anm. 1 § 193.

3) Als **Betheiligte** sind nach Abs. 2 die Gläubiger zu hören, der Verwalter und der Gl.Ausschuß mit gutachtlichen Aeußerungen. Unter den Gläubigern sind nur die nicht Bevorrechtigten zu verstehen, da sie allein zu dem Vergleichsverfahren zugezogen werden. Mit Rücksicht auf die Allgemeinheit der Wirkung des Vergleichs sind auch die nicht Stimmberechtigten zur Verhandlung zu verstatten; zu Anträgen sollen sie jedoch nur berechtigt sein, wenn sie ihre Forderung glaubhaft machen, § 188. Außer den Gläubigern ist der G.Schuldner betheiligt; namentlich dann, wenn Gründe für die Versagung der Bestätigung geltend gemacht werden, ist seine Anhörung, obgleich das Gesetz darüber schweigt, nicht zu umgehen. Alle Betheiligten sind als Einzelne zu hören, soweit sie sich erklären wollen. Die Gläubiger können ihre Parteistellung für oder gegen die Bestätigung beliebig wählen.

4) Erfolgt der Beschluß nicht im Vergleichstermine, so ist in ihm **der fernere Termin** zu verkünden. Eine weitere Bekanntmachung ist nicht nöthig. Mot. 417. Vgl. Anm. 10 § 182.

§ 185. (171.)

Der Beschluß, durch welchen der Zwangsvergleich bestätigt oder verworfen wird, ist zu verkünden.

E. I. 178. P. 191.

1) **Die Verkündung des Beschlusses** muß in einem der Termine des § 184 Abs. 2 erfolgen. Eine weitere Bekanntmachung oder Zustellung ist nicht nöthig. Die Verkündung ist vorgeschrieben, da eine Zustellung an alle vom Beschlusse Betroffenen unthunlich sei. Mot. 420. Hier wie im § 184 Abs. 2 und im § 182 kann die Vorschrift, daß zu verkünden ist, nur die Bedeutung haben, daß eine Zustellung nicht erforderlich sein soll, vgl. Anm. 4 § 184, Anm. 10 § 182. Sarwey-Bossert, Petersen-Kleinfeller, Stieglitz, Völderndorff zu § 185, Fitting 3. Aufl. § 48 Anm. 15, Endemann S. 601. A.M. Hullmann Anm. 2, Wengler Anm. 2, Meisner S. 355. Für die Beschwerde hat die Zustellung keine Bedeutung, weil die Frist nach § 189 Abs. 2 von der Verkündung an zu rechnen ist. — Indeß ist § 185 nur auf den Beschluß des K.Gerichts selbst anwendbar, der gemäß der in den §§ 173—194 überall berücksichtigten Folge des Verfahrens hier allein in Frage ist; nicht auf die Entscheidung des Beschwerdegerichts. Vgl. Anm. 3 § 189

Eine Verkündung der Gründe ist bei wörtlicher Anwendung der C.P.O. §§ 311, 329 nicht unbedingt nöthig. Im Civilprozeß ist aber die Zustellung noch außer der Verkündung nothwendig, um die Rechtskraft der Entscheidung herbeizuführen, C.P.O. §§ 313, 516, 576. Für den Vergleich dagegen soll die Verkündung zugleich die Zustellung der mit Gründen versehenen Entscheidung ersetzen. Eine entsprechende Anwendung der Vorschriften der C.P.O. macht daher die Verkündung der Gründe allerdings nicht nothwendig, aber die Unterlassung im höchsten Grade sachwidrig, da thatsächlich der verkündete Beschluß die Stelle eines zugestellten Urtheils mit Gründen vertritt. Zumal im Falle der Verwerfung würde durch Verkündung ohne Gründe die sofortige Beschwerde (§ 189 Abs. 2) schwer beeinträchtigt werden. Vgl. R.O.H. 9, 106; Wengler Anm. 2, vgl. Hullmann Anm. 3. Vgl. gegen die Nothwendigkeit Sarwey-Bossert Anm. 2, Stieglitz Note a, Petersen-Kleinfeller Anm. 4, Fitting 3. Aufl. § 48 Anm. 15, Endemann S. 106, Völderndorff zu III.

§ 186. (172.)

Der Vergleich ist zu verwerfen:

1. wenn die für das Verfahren und den Abschluß des Vergleichs gegebenen Vorschriften nicht beobachtet sind, und das Fehlende nicht ergänzt werden kann;

Digitized by Google

2. wenn ein Fall der Unzulässigkeit eines Zwangsvergleichs nachträglich eingetreten ist.

E. I. 180. P. 193.

1. Verwerfung von Amtswegen.
2. Verletzung von Verfahrensvorschriften.
3. Heilbarkeit von Mängeln.
4. Ziffer 2.

1) **Verwerfung von Amtswegen.** In den Fällen des § 186 und des § 187 Satz 1 muß der Vergleich von Amtswegen verworfen werden, weil die Beobachtung der Vorschriften über Verfahren und Abschluß (Nr. 1) und über die Unzulässigkeit eines Vergleichs (Nr. 2 und § 187 Satz 1) juris publici und der selbständigen Bestimmung der auftretenden Parteien und ihrem Verzichte nicht unterworfen sind. Auch wenn sämmtliche Gläubiger zugestimmt haben, sind im Vergleichsverfahren die §§ 184, 185 anwendbar, sofern nicht die auch während eines Vergleichsverfahrens zulässige Einstellung des Konkurses gemäß §§ 202 ff. erfolgt. Prot. 111 zu § 168. Ueber die Verschiedenheit der Einwilligung zur Einstellung und zum Z. V. s. Anm. 4 § 173.

2) Zu Nr. 1. Die **Verfahrensvorschriften**, deren Verletzung die Verwerfung des Vergleichs zur Folge hat, sind die der §§ 173, 174, 177—180, § 182 Abs. 2, § 184 Abs. 2. Doch wird der Umstand, daß der Gl.Ausschuß, obgleich aufgefordert, sich nicht erklärt hat, § 177, und die Hinausschiebung des Vergleichstermins über die Frist eines Monats hinaus, § 179 Satz 1, nicht in Betracht kommen können. Die Vorschriften der §§ 175, 181, § 182 Abs. 1, § 183 sind von sachlicher Bedeutung; die des § 182 Abs. 1 und des § 187 gehören aber zugleich zu den Vorschriften über den Abschluß des Vergleichs, die im § 186 Z. 1 denen über das Verfahren gleichgestellt sind. Die Vorschrift des § 176 betrifft zwar auch das Verfahren; die Nichtanwendung kann aber nicht als Verletzung der Vorschrift angesehen werden, während ihre Anwendung das Verfahren ausschließt.

3) **Heilbarkeit von Mängeln.** Die Zulassung, das Fehlende zu ergänzen, kann sich nicht darauf beziehen, daß Erklärungen, die nach den Vorschriften über das Verfahren unbedingt im Termine erfolgen müssen oder andere neue Terminserklärungen zur Folge haben müßten, noch nach dem Termine erfolgen können, also nicht darauf, daß ein nach §§ 173—175, 181 unzulässiger Vergleichsvorschlag geändert wird, oder daß in dem an sich zulässigen Inhalte eines Vorschlages, der von Einzelnen nicht wie vorgeschlagen, sondern mit Abweichungen angenommen ist, etwas geändert wird, was eine neue Abstimmung nöthig macht. Eine solche ist nur im Falle des § 182 Abs. 2 zulässig. Auch nachträgliches Abgeben von Stimmen oder nachträgliche Verleihung von Stimmrechten sind als den Vorschriften widersprechend keine zulässigen Ergänzungen. Die Abstimmung kann nicht mehr geändert werden; sonst müßten mit gleichem Recht auch ablehnende Stimmen nachgebracht werden dürfen. Nur soweit unter unberührter Geltung der im Termine abgegebenen Erklärungen den darin betheiligten Einzelnen in Betreff ihrer Legitimation etwas fehlt, z. B. bei Bemängelung der Vollmacht eines Vertreters des G.Schuldners oder eines Gläubigers, der Prozeßfähigkeit eines Betheiligten, der Legitimation eines gesetzlichen Vertreters (C.P.O. §§ 56, 89, vgl. § 335 Z. 1), kann dies wirksam nachgeholt werden. Ebenso wird bei einer Verletzung des § 181 die Zustimmung aller zurückgesetzten Gläubiger nachgeholt werden können. Ist jedoch nach dem Inhalt des Z.V. und den etwa schon geltend gemachten Umständen eine Verletzung des § 181 nicht ersichtlich, so ist nicht von Amtswegen zu ermitteln, ob eine Begünstigung erfolgt ist, dies vielmehr dem Antragsverfahren nach § 188 Nr. 1 zu überlassen. — Soweit eine Ergänzung statthaft ist, kann sie auch nach einer Beschwerde § 189 vom Beschwerdegericht von Amtswegen veranlaßt werden; die Beschwerde kann auch selbst auf die Gestattung der Ergänzung gerichtet werden.

4) Die unter Nr. 2 gemeinten Fälle der Unzulässigkeit sind die im § 175 bezeichneten. Hat ungeachtet der nach § 175 vorhandenen Unzulässigkeit das Vergleichsverfahren stattgefunden, so ist der Vergleich ebenfalls zu verwerfen. Doch wird das Hinderniß dann nicht mehr beachtet werden dürfen, wenn es inzwischen (§ 175 Z. 1, 2) wieder gehoben ist, wie es auch nach § 186 Nr. 2 nur dann zu beachten ist, wenn es noch fortdauert.

Digitized by Google

§ 187.

Der Vergleich ist zu verwerfen, wenn er den Gläubigern nicht mindestens den fünften Theil ihrer Forderungen gewährt und dieses Ergebniß auf ein unredliches Verhalten des Gemeinschuldners, insbesondere darauf zurückzuführen ist, daß der Gemeinschuldner durch ein solches Verhalten die Eröffnung des Konkursverfahrens verzögert hat. Der Vergleich kann verworfen werden, wenn das gleiche Ergebniß auf ein leichtsinniges Verhalten des Gemeinschuldners zurückzuführen ist.

K. O. N.

1. Berücksichtigung von Amtswegen.
2. Unredlichkeit und Leichtsinn.
3. Verzögerung der K.Eröffnung.
4. Geringfügigkeit des Vergleichsangebots.
5. Ursächlicher Zusammenhang.
6. Beschwerde.

1) In den Fällen des § 187 Satz 1 und 2 ist der Vergleich ebenfalls wie nach § 186 **von Amtswegen**, nicht auf Antrag, zu verwerfen, die Verwerfung ist aber im Falle des Abs. 2 in das Ermessen des Richters gestellt. Die Gründe, die für den Erlaß dieser von der Reichstagskommission in das Gesetz gebrachten Bestimmungen maßgebend waren, sind ebenfalls öffentlichrechtlich. Der G.Schuldner soll nicht darauf rechnen können, daß er sich mit einer geringen Summe von seinen Verpflichtungen loskaufen könne, weil die Gläubiger selbst diese für noch vortheilhafter halten mögen, als die noch geringere Konkursquote und die unsichere Möglichkeit späterer weiterer Befriedigung. Das Interesse der betheiligten K.Gläubiger ist hier also ebenso wie in den Fällen des § 175 durch eine Bestimmung, die unredliches und leichtsinniges Konkursmachen verhindern soll, gegen das Interesse der Gesammtheit an guter Sitte hintangesetzt. Doch ist vorausgesetzt, daß der Vergleich den Gläubigern noch nicht den fünften Theil ihrer Forderungen gewähren soll. Dieser Betrag ist mit Rücksicht auf die erfahrungsmäßig gebotenen Vergleichsraten festgesetzt worden. Aus dem Gesagten folgt, daß die Vorschrift des § 187 durch Vereinbarung zwischen G.Schuldner und Gläubigern nicht beseitigt werden kann. Wollen die Gläubiger den Vergleich, so können sie dies nur auf dem Wege des K.Verzichts (§ 202) und des außergerichtlichen Vergleichs erreichen, wobei gegen keinen Gläubiger ein Zwang stattfindet.

2) **Unredlichkeit und Leichtsinn** werden sich in den beiden Sätzen des § 187 entgegengestellt. Der Richter hat das Vorhandensein beider Erfordernisse nach den Umständen des einzelnen Falles festzustellen. Im Allgemeinen wird man sagen können, daß zur Annahme der Unredlichkeit in der Regel ein gewinnsüchtiges Verhalten des G.Schuldners vorliegen muß oder zum Mindesten eine absichtliche Gleichgültigkeit gegen die den Gläubigern gegenüber bestehenden Pflichten, während Leichtsinn einen Mangel der Ueberlegung bedeutet, die von dem G.Schuldner im konkreten Falle mit Rücksicht auf den möglicher Weise eintretenden Erfolg verlangt werden konnte. Dabei kann ein Verhalten, bei dem der G.Schuldner den schädlichen Erfolg als möglich, ja selbst als wahrscheinlich voraussah, aber doch dessen Ausbleiben erhoffte, immer noch als ein nur leichtsinniges in Frage kommen. Die Begriffe Unredlichkeit und Leichtsinn decken sich deshalb nicht mit Vorsatz und Fahrlässigkeit, sondern haben ihren eigenthümlichen juristischen Charakter. Im Wesentlichen ebenso Petersen-Kleinfeller Anm. 8; a. M. Jäger Anm. 12. — Stellen den G.Schuldner mehrere Personen dar, z. B. im Konkurse der offenen Handelsgesellschaft die mehreren Theilhaber oder im Nachlaßkonkurse die mehreren Miterben, so genügt, daß das maßgebende Verhalten einem der Mehreren zur Last fällt. Inwieweit die Unredlichkeit eines „Organs" einer juristischen Person, wenn diese in Konkurs gerathen ist, als eine Unredlichkeit des G.Schuldners anzusehen ist, ist bei § 208 (Konkurs der Aktiengesellschaft) zu erörtern.

3) Als ein besonderes Beispiel schuldhaften Verhaltens ist **die Verzögerung der K.Eröffnung** genannt. Sie kann durch Unredlichkeit und durch Leichtsinn herbeigeführt sein und ist nicht nur darin zu finden, daß der G.Schuldner nicht selbst die Anmeldung

Digitized by Google

des Verfahrens vorgenommen hat, sondern liegt auch dann vor, wenn er seine Gläubiger durch falsche Vorspiegelungen, Versprechungen, Gewähren besonderer Vortheile an den Einzelnen von der Anmeldung zurückgehalten hat.

4) Das in § 187 bezeichnete Verhalten des G.Schuldners kommt als Grund für die Verwerfung des Vergleichs nur in Betracht, wenn den nicht bevorrechtigten Gläubigern durch den Vergleich **nicht mindestens der fünfte Theil ihrer Forderungen** gewährt wird. Wird wenigstens der fünfte Theil gewährt, dann kommt für die Anwendung des § 187 weder das Verhalten des G.Schuldners noch die Herkunft der Vergleichssumme in Betracht. Für den fünften Theil darf auch keine Sicherheit verlangt werden. Er darf aber in keiner Weise, namentlich nicht durch Gewährung einer Zahlungsfrist, belastet werden. Es ist davon auszugehen, daß jede Verpflichtung, wenn sie nicht befristet ist, sofort fällig ist, daß also das Gesetz, wenn es ein Mindestmaß der Verpflichtung ohne weitere Bestimmung festsetzt, auch nur eine unbefristete Verpflichtung meint. Jede Befristung mindert den Werth der Verpflichtung. Ob diejenigen, die eine Befristung zulassen wollen (Jäger Anm. 5), auch noch eine zehnjährige oder noch längere Frist unbeanstandet lassen würden, kann wohl bezweifelt werden. Ebenso Petersen-Kleinfeller Anm. 10; Wolff Anm 1. Es braucht sich auch kein Gläubiger auf die unsichere Schätzung einzulassen, ob eine Befristung durch Gewährung einer höheren Vergleichsrate ausgeglichen wird. Es sind mindestens zwanzig Prozent unbefristet zu gewähren. Sie werden dann bei der Aufhebung des Konkurses zahlbar, durch die der G.Schuldner die Befugniß, über die K.Masse zu verfügen, wiedererlangt. Was darüber zugesagt wird, mag beliebig belastet und eingeschränkt werden. Allerdings haben die Gläubiger kein Recht, sofortige Bezahlung ihrer Forderungen zu verlangen; hier aber handelt es sich darum, unter welchen Bedingungen sie ihre Mehrforderungen erlassen sollen. Hierin a. M. Petersen-Kleinfeller a. a. O.

5) Die allgemeinen Grundsätze über **ursächlichen Zusammenhang** sind auch hier anzuwenden. Eine eigenthümliche Sachlage bietet sich aber hier dadurch, daß ein in Betracht kommendes, den Gläubigern nachtheiliges Verhalten des G.Schuldners sowohl in dem Vergleich liegen kann, von dem hier unmittelbar die Rede ist, als auch in der vor der K.Eröffnung liegenden Vermögensverwaltung, die in den Worten des Gesetzes ausdrücklich erwähnt ist. Da nach § 188 der Vergleich nur auf Antrag verworfen werden soll, wenn der Vergleich in unlauterer Weise zu Stande gebracht ist oder dem gemeinsamen Interesse der K.Gläubiger widerspricht, so muß man annehmen, daß der § 187 nur ungenau gefaßt ist und ein Verhalten des G.Schuldners bei dem Vergleichsschlusse überhaupt nicht treffen will, vielmehr nur einen Zusammenhang zwischen der Vermögensverwaltung des G.Schuldners und der Geringfügigkeit der Vergleichssumme im Sinn hat. Beschränkt man die Vorschriften des § 187 in diesem Sinne und muß man ferner *gegen den G.Schuldner* davon ausgehen, daß der Vergleichsvorschlag der vorhandenen Vermögenslage entspricht, dann kommt es nur noch auf die Prüfung an, ob die vorhandene Vermögenslage durch unredliches oder leichtsinniges Verhalten des G.Schuldners herbeigeführt worden ist. Ist die Vermögenslage auch noch durch andere Umstände, außer durch das Verhalten des G.Schuldners unter den fünften Theil der Forderungen herabgedrückt worden, so wird immer noch der § 187 Anwendung zu finden haben; die Höhe des den fünften Theil der Forderungen nicht erreichenden Vergleichsbetrages kann nicht schlechthin gleichgültig sein, da immer das im gegebenen Falle gestellte Vergleichsangebot, nicht der Umstand, daß überhaupt weniger als ein Fünftel geboten ist, zur Beurtheilung steht.

6) Gegen die Entscheidung des K.Gerichts steht sowohl dem G.Schuldner als den Gläubigern die **sofortige Beschwerde** gemäß § 189 zu. Mit der Beschwerde kann geltend gemacht werden, daß der Richter das Vorliegen von Unredlichkeit oder Leichtsinn, die Geringfügigkeit der Vergleichsrate oder den Zusammenhang zwischen beiden verkannt, oder daß er von dem ihm in Satz 2 freigestellten Ermessen einen ungeeigneten Gebrauch gemacht habe.

Digitized by Google

§ 188. (173.)

Der Vergleich ist auf Antrag eines nicht bevorrechtigten Konkursgläubigers, welcher stimmberechtigt war oder seine Forderung glaubhaft macht, zu verwerfen:

1. wenn der Vergleich durch Begünstigung eines Gläubigers oder sonst in unlauterer Weise zu Stande gebracht ist;
2. wenn der Vergleich dem gemeinsamen Interesse der nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger widerspricht.

Der Antrag ist nur zuzulassen, wenn die Thatsachen, auf welche derselbe gegründet wird, glaubhaft gemacht werden.

E. I. 180. P. 193.

1. Antragstellung.
2. Antragsberechtigung.
3. Glaubhaftmachung.
4. Begünstigung und Unlauterkeit.
5. Nr. 2.

1) **Verwerfung auf Antrag.** Aus den Gründen des § 188 kann nur auf den Antrag eines legitimirten Gläubigers die Verwerfung erfolgen. Der Antrag ist, dem Verfahren der konkursordnungsmäßigen mündlichen Verhandlung entsprechend, im Termine zu stellen. Er muß wenigstens, wenn schriftlich eingereicht, was an sich zulässig ist, im Termine wiederholt und begründet werden, kann nicht ohne die im § 184 vorgeschriebene mündliche Verhandlung abgewiesen werden, vgl. Anm. 1, 3 § 184, und ist bis zur Verkündung des Beschlusses (§ 185) zulässig. Ueber die Nachholung des Antrags mit einer Beschwerde vgl. Anm. 2 § 189.

2) **Antragsberechtigt** ist jeder nicht bevorrechtigte K.Gläubiger, der entweder nach §§ 95, 96 stimmberechtigt ist oder seine Forderung „glaubhaft" macht, vgl. Anm. 2 § 105. Daß die Forderung geprüft oder auch nur angemeldet ist, wird also nicht erfordert. Ebenso ist es, da im § 188 hierfür keine Ausnahmen gemacht sind, ohne Einfluß, ob der Gläubiger am Vergleichsverfahren Antheil genommen oder sogar für den Vergleich gestimmt hat. Selbst ein Zustimmender kann die Verwerfung beantragen, wenn seine Zustimmung durch Betrug, aus Irrthum u. s. w. erfolgt war, oder auch, wenn er nur anderer Meinung geworden ist. Mot. 418. Für die Stimmberechtigung ist zu berücksichtigen, daß die hierüber nach §§ 95, 96 zu treffenden Entscheidungen nicht anfechtbar sind, und daß für die danach Zugelassenen die Berechtigung weder von dem über die Bestätigung oder Verwerfung entscheidenden K.Gerichte selbst, noch in der Beschwerdeinstanz bestritten werden kann.

3) Abs. 2. Für die Zulassung des Antrags ist ferner **die Glaubhaftmachung der begründenden Thatsachen** erforderlich. Sind die Thatsachen glaubhaft gemacht, so ist über die Zulassung nicht besonders zu beschließen; sie bildet einen Theil des gesammten Verfahrens und besteht eben darin, daß über den Antrag weiter verhandelt wird. Sie hat dieselbe Bedeutung wie im § 105. Fehlt die Glaubhaftmachung, so ist der Antrag als unzulässig zurückzuweisen (Beschwerde dagegen § 73 Abs. 3). Nothwendige Voraussetzung ist nur die Glaubhaftmachung; das Gericht kann aber von Amtswegen von der Befugniß zu weiteren Ermittelungen gemäß § 75 Gebrauch machen; die Verwerfung des z.B. kann nur erfolgen, wenn das Gericht von dem Vorliegen eines Grundes, § 188, überzeugt ist. Vgl. früh. Redaktion im E. Abs. 2; Prot. 112, 113; Anm. zu § 105. Dem Erfordernisse eines Antrags entspricht es, daß der Antragsteller seinen Widerspruch durch thatsächliche Angaben begründet und das Gericht nicht ein Offizialverfahren über andere Gründe eintreten läßt, soweit nicht schon nach §§ 186, 187 eine Verletzung (namentlich des § 181) zu berücksichtigen ist. A. M. Fitting 3. Aufl. § 48 zu I. 2.

4) **Zu Nr. 1. „Begünstigung"** ist jede Verletzung des § 181. Nothwendig ist zur Anwendung des § 188 Nr. 1 die Herbeiführung des Zwangsvergleichs durch Begünstigung, also ein Kausalzusammenhang zwischen der Begünstigung und dem Zustandebringen des

Digitized by Google

z.B. War also die Begünstigung hierfür einflußlos und begründen die unbestritten von einer Begünstigung nicht beeinflußten Stimmen schon die erforderliche Mehrheit, so ist die Vorschrift nicht anwendbar. Kohler S. 489; Petersen-Kleinfeller Anm. 11. A.M. Landger. I Berlin, Bl. f. R. 2, 112. — Das sonstige, wenngleich auch ohne Begünstigung eines Gläubigers erfolgte, Zustandebringen „**in unlauterer Weise**" ist von der Vork. (statt „durch Betrug" im E. I. § 180) aufgenommen, um in umfassendster Weise auch Fälle zu treffen, die sich nicht geradezu juristisch als unerlaubt qualifiziren lassen, insbesondere auch das Auskaufen von Gläubigern. — Wer den Vergleich in solcher Weise zu Stande gebracht hat, ist gleichgültig. Ein Gläubiger, der einen dazu begangenen Betrug im Bestätigungsverfahren nicht geltend macht, obwohl er hierzu im Stande war, verliert das Recht, den Vergleichserlaß anzufechten, § 196.

5) **Zu Nr. 2.** Als dem **gemeinsamen Interesse der K.Gläubiger widersprechend** werden insbesondere Vergleiche in Betracht kommen, die dem aus der K.Masse zu erwartenden Ergebnisse oder den gegenwärtigen Vermögensverhältnissen des G.Schuldners widersprechen oder deren Erfüllung nicht gesichert ist. In dieser Beziehung kann das Vorleben des G.Schuldners und ein daraus zu entnehmender Schluß auf die Unsicherheit der Erfüllung von Bedeutung sein.

§ 189. (174.)

Die sofortige Beschwerde gegen den Beschluß, durch welchen der Vergleich bestätigt oder verworfen ist, steht dem Gemeinschuldner und jedem nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger zu, welcher stimmberechtigt war oder seine Forderung glaubhaft macht.

Die Frist zur Einlegung der Beschwerde beginnt mit der Verkündung des Beschlusses.

Eine Anfechtung der Entscheidung des Beschwerdegerichts findet nicht statt.

E. I. 182. P. 195.

1. Beschwerderecht.
2. Neue Thatsachen in der Beschwerdeinstanz.
3. Beschwerdefrist.
4. Verfahren in der Beschwerdeinstanz.
5. Unanfechtbarkeit der Beschwerdeentscheidung.

1) **Das Beschwerderecht** steht dem G.Schuldner und den nicht bevorrechtigten K.Gläubigern zu, nicht dem Verwalter, weil dieser bei dem Vergleichsverfahren nur eine gutachtliche nicht aber eine vertretende Stellung hat. Mot. 420. Die Beschwerde kann sich gegen die Bestätigung oder die Verwerfung des Vergleichs wenden und zwar auch die des G.Schuldners, wenn etwa der Vergleich in einer dem Inhalt des Vorschlags nicht entsprechenden Form bestätigt wird, oder wenn die Bestätigung nicht erfolgen durfte, weil in Wirklichkeit eine Mehrheit nicht dafür war, der G.Schuldner aber inzwischen die Unzweckmäßigkeit seines Vergleichsvorschlages eingesehen hat. Für den Ausweis eines K.Gläubigers zum Widerspruch gilt das in Anm. 2 zu § 188 Gesagte.

2) Die Beschwerde kann sich **auf neue Thatsachen** stützen. Ob der K.Gläubiger an der früheren Verhandlung über die Bestätigung oder Verwerfung sich betheiligt hat, oder erst mit der Beschwerde seine Forderung glaubhaft macht, ist ohne Einfluß. Der Beschwerdeführer ist auch berechtigt, den nach § 188 erforderlichen Antrag, den Vergleich aus den dort angegebenen Gründen zu verwerfen, erst in der Beschwerdeinstanz und mit der Beschwerde zu stellen, wobei selbstverständlich wie in erster Instanz die begründenden Thatsachen glaubhaft gemacht werden müssen. A.M. Petersen-Kleinfeller Anm. 13, Sarwey-Bossert Anm. 5, Jäger Anm. 2, die nur dann, wenn ein Gläubiger im Termin den Antrag gemäß § 188 gestellt hat, einem anderen Gläubiger gestatten wollen, sich auf dessen Antrag zu berufen, weil C.P.O. § 570 nicht die Nachholung eines Antrags zulasse. Indessen handelt es sich bei dem hier fraglichen Antrage nur darum, daß die im § 188 bestimmten Verwerfungsgründe nicht von Amtswegen, sondern nur auf den Antrag berücksichtigt werden dürfen, in der That also um nichts Anderes als das Vorbringen neuer

Digitized by Google

Thatsachen für die Beurtheilung des über die Bestätigung des Vergleichs entscheidenden Gerichts. Ohne diesen Antrag würden die Thatsachen auch in der Beschwerdeinstanz nicht berücksichtigt werden dürfen.

3) Abs. 2. **Die Beschwerdefrist** beginnt mit der Verkündung des Beschlusses. Der Beschluß vertritt die Stelle einer mit Gründen versehenen Entscheidung; die Verkündung tritt an die Stelle der Zustellung. Vgl. Anm. 4 § 185.

4) **Verfahren in der Beschwerdeinstanz.** Die Entscheidung des Beschwerdegerichts ist nach der allgemeinen Regel des § 73 Abs. 2 den Betheiligten zuzustellen. Die Vorschrift des § 185, daß der Bestätigungs- oder Verwerfungsbeschluß zu verkünden ist, findet auf die Entscheidung des Beschwerdegerichts keine Anwendung. Das durch eine Beschwerde veranlaßte Verfahren braucht nicht, wie das dem Beschlusse des K.Gerichts vorangehende, eine mündliche Verhandlung in einem Termine zu sein, und wird es in der Regel nicht sein. Es ist offenbar nicht beabsichtigt, lediglich zur Verkündung einer Beschwerdeentscheidung einen Termin anzusetzen, während für den Beschluß des K.Gerichts mit Bezug auf das vorangegangene Verfahren die Verkündung das Natürliche ist.

5) **Die Entscheidung des Beschwerdegerichts ist unanfechtbar;** eine „weitere Beschwerde" im Sinne der C.P.O. § 568 Abs. 2 (vgl. Anm. 7 § 73) findet nicht statt. Indeß wenn die Beschwerde vom Beschwerdegerichte als unzulässig verworfen ist, so ist dadurch von diesem eine Entscheidung über die Bestätigung des Vergleichs nicht getroffen, sondern abgelehnt, und hiergegen findet Beschwerde statt.

§ 190. (175.)

Sobald der Vergleich rechtskräftig bestätigt ist, beschließt das Gericht die Aufhebung des Konkursverfahrens. Eine Anfechtung des Beschlusses findet nicht statt.

Der Beschluß und der Grund der Aufhebung sind öffentlich bekannt zu machen.

Die Vorschriften der §§ 111 Abs. 2, 112, 113 finden entsprechende Anwendung.

E. I. 197. 199. 200. P. 199.

1. Aufhebungsbeschluß.
2. Aufhebungsverfahren.
3. Wirkung der Aufhebung.
4. Abs. 2, 3.

1) Die **Aufhebung des Konkursverfahrens,** §§ 190—192, soll sich nicht unmittelbar an die rechtskräftige Feststellung des Vergleichs mit der Bedeutung anschließen, daß sofort das K.Verfahren ipso facto ein Ende hätte. **Das K.Gericht hat vielmehr die Aufhebung zu beschließen,** vgl. Anm. 1 § 163. Dem Beschlusse vorangehen muß die Rechtskraft der bestätigenden Entscheidungen, also der Ablauf der Beschwerdefrist nach § 189 Abs. 2, wenn das K.Gericht bestätigt hat und keine Beschwerde eingelegt ist oder die in der Beschwerdeinstanz ergehende, dann unanfechtbare (§ 189 Abs. 3) Bestätigung. Aus § 190 Abs. 1 folgt aber, daß der Vergleich den Konkurs sogleich beendigen muß und daß die Erfüllung des Vergleichs nicht noch einen Theil des K.Verfahrens bilden kann, sondern außerhalb des Konkurses fällt und die K.Aufhebung nicht verzögern darf, vgl. Anm. 2 § 174. Der Vergleich duldet deshalb auch für seine Wirksamkeit weder eine Zeitbestimmung noch eine Bedingung. In RG. 56, 70 ist zwar, nachdem die Bestätigung des K.Gerichts zu einem durch die Mitverpflichtung eines Dritten bedingten Vergleich rechtskräftig geworden war, die gegen den Dritten, der sich nachträglich mitverpflichtet hatte, erwirkte Zwangsvollstreckung für rechtmäßig erklärt; es ist aber immer noch ein Anderes, ob die Bestätigung hätte erfolgen dürfen, und ein Anderes, ob der erfolgten Bestätigung die Wirkung versagt werden soll. Giebt die Bestätigung nur einen bedingten Titel zur Zwangsvollstreckung, so kann diese zugelassen werden, wenn der Eintritt der Bedingung durch öffentliche Urkunden nachgewiesen wird, und es ist dann in dem vom R.G. entschiedenen Falle nur noch der nicht unbedenkliche Schritt zu machen, daß die in der Mitverpflichtung eines Dritten be-

Digitized by Google

stehende Bedingung zur Zwangsvollstreckung gegen diesen führen soll, mit dem die Gläubiger den Vergleich nicht geschlossen haben. Ist wie in diesem Falle der Vergleich vor Eintritt der Bedingung bestätigt, dann tritt für die Fortdauer des Konkurses, die im § 190 allein in Frage ist, die Folge ein, daß das Gericht nach Rechtskraft der Bestätigung das Verfahren nicht aufheben kann, und das ist mit § 190 unvereinbar. Wird dagegen vor der Bestätigung der Bedingung der Eintritt der Bedingung abgewartet, dann liegt nicht mehr ein bedingter Vergleich zur Bestätigung vor; aber das Gericht hat nur den Vergleich, wie er geschlossen ist zu bestätigen und demgemäß müßte erst die Gläubigerversammlung darüber beschließen, ob die Bedingung als eingetreten angenommen werden soll. Hierbei ist eine aufschiebende Bedingung vorausgesetzt. Eine auflösende Bedingung ist noch weniger zulässig, da eine spätere Wiederaufnahme des Verfahrens nicht in das Belieben der Betheiligten gestellt werden kann. Gegen die Beifügung einer Zeitbestimmung sprechen dieselben Gründe.

2) Ist der Bestätigungsbeschluß rechtskräftig, so muß die **Aufhebung** alsbald beschlossen werden. Es ist ganz wesentlich, daß die Verfügungsbefugniß des G.Schuldners wie die vielfach nicht auf bestimmte Kalendertage, sondern auf die Zeit der Aufhebung des Konkurses oder nach dieser festgesetzte Fälligkeit einer Vergleichsrate nicht aufgeschoben wird. Der Beschluß ist nur noch erforderlich, um den Konkurs förmlich zum Abschlusse zu bringen. Auch noch in den früheren Auflagen ist eine andere Auffassung vorgetragen. Aber keines der dabei erwähnten, angeblich noch abzuwartenden Geschäfte muß nothwendig vor der Aufhebung erledigt werden. Zu der Rechnungslegung des Verwalters sind zwar alle K.Gläubiger zu berufen; aber jeder von ihnen, ebenso wie der G.Schuldner, kann für sich Erinnerungen geltend machen; einen Beschluß hierüber hat die Versammlung nicht zu fassen (Anm. 1 zu § 86). Sind in dem bestätigten Vergleiche Sicherungsmaßregeln für die K.Gläubiger vereinbart, so können diese zum Theil schon vor der Bestätigung, wenigstens unter der Bedingung der Bestätigung, ausgeführt werden. Namenlich kann der G. Schuldner mit seinen zur Masse gehörenden Grundstücken wirksam Hypothek bestellen, ein Dritter sowohl Hypothek als Pfandrechte an Sachen und Rechten bestellen. Soweit nicht in dieser Weise vorgesorgt werden kann, kann die nöthige Sicherheit durch Beschränkung der Verfügungsgewalt des Gemeinschuldners über die Dauer des Konkurses hinaus (§ 192) und durch Uebertragung des Rechtes, mit den zur Masse gehörenden Gegenständen Sicherheiten zu bestellen, an einen Dritten, namentlich den Verwalter, verschafft werden. Soweit aber der G.Schuldner in dem Vergleich nur eine Sicherheit versprochen hat, gehört deren Ausführung zur Erfüllung des Vergleichs, die keinesfalls abzuwarten ist und deren Ausbleiben niemals zur Aufhebung des Vergleichs, also auch nicht zum Aufschube der Aufhebung des Konkurses führen kann (§ 195). Daß auch die Ausführung der dem Verwalter im § 191 zur Pflicht gemachten Maßregeln die Aufhebung des Konkurses nicht aufhalten kann, soll bei § 191 gezeigt werden.

3) **Die Aufhebung wirkt mit dem Zeitpunkte**, in dem die öffentliche Bekanntmachung als bewirkt gilt. § 76 Abs. 1. **RG.** 27, 113; 15. Febr. 1895, J.W. 185; vgl. Obtr. **40**, 396; **46** 344. **RG.** 27, 113. Auch hier tritt, wie nach einer Schlußvertheilung, die Wirkung der Aufhebung des K.Zustandes für und gegen alle Betheiligte, den G. Schuldner, die Gläubiger und Dritte gleichzeitig ein. Vgl. Anm. 2 § 163. — In Betreff der Gerichtskosten vgl. Ger.Kost.Ges. § 8, § 51 Nr. 2, § 95.

4) Die Vorschriften über die Bekanntmachung und die an Behörden und dergl. zu erlassenden Nachrichten in **Abs. 2 u. 3** schließen sich wörtlich an die Vorschriften, die in § 163 für die K.Aufhebung nach der Schlußvertheilung gegeben sind. Vgl. Anm. 3—5 zu § 163. Die Vorschriften Abs. 3 sind erst anzuwenden, wenn der Aufhebungsbeschluß wirksam geworden ist.

§ 191. (176.)

Der Verwalter hat aus der Konkursmasse die Masseansprüche zu berichtigen. Die bestrittenen Masseansprüche sind sicher zu stellen.

Digitized by Google

Die bevorrechtigten Konkursforderungen sind, insoweit sie festgestellt sind, zu berichtigen, insoweit sie glaubhaft gemacht sind, sicher zu stellen.

E. I. 198. P. 199.

1. Verpflichtungen des Verwalters.
2. Masseansprüche.
3. Bevorrechtigte Forderungen.

1) Die im § 191 bestimmten **Verpflichtungen** treffen sämmtlich den Verwalter, wenn auch dieser nur im ersten Satz des Abs. 1 genannt ist; nur die Verpflichtung des Verwalters, nicht die des G.Schuldners, schützt insbesondere die bevorrechtigten Gläubiger, Abs. 2, gegen die Nachtheile der Aufhebung des Konkurses durch einen z.B., dessen Vortheile sie nicht genießen und den zu verhindern sie außer Stande sind. Die Verpflichtungen beziehen sich nur auf den Fall der Aufhebung des Konkurses, da nur der Satz 1 Abs. 2 auch auf die Zeit des noch dauernden Konkurses passen könnte. Sie beziehen sich aber auch nach den in den §§ 116, 205 enthaltenen Verweisungen auf alle Fälle, in denen das K.Verfahren ohne Schlußvertheilung aufgehoben wird, während im Falle der Schlußvertheilung die Berücksichtigung der Masseansprüche und der bevorrechtigten K.Forderungen selbstverständlich ist. Die Verpflichtungen treten immer erst mit der Aufhebung des Konkurses in Kraft. Solange der Konkurs nicht aufgehoben ist (vorher besteht in keinem Falle die Gewißheit, daß er aufgehoben werden wird), wird der Verwalter weder zur Sicherstellung streitiger Masseansprüche noch auch ohne Ermächtigung des Gerichts (§ 179) zur Bezahlung oder Sicherstellung solcher festgestellter bevorrechtigter K.Forderungen berechtigt und noch weniger verpflichtet sein. Da der in den Fällen der §§ 191, 205 erforderliche Aufhebungs- oder Einstellungsbeschluß erst mit der Bekanntmachung wirksam wird, so treten in diesen Fällen die Verpflichtungen gemäß § 76 mit dem Ablaufe der zweitägigen Frist nach der Ausgabe der Bekanntmachung ein. Im Falle des § 116 tritt die Aufhebung des Verfahrens mit der Rechtskraft des den Eröffnungsbeschluß aufhebenden Beschlusses ein, die von einer Bekanntmachung nicht abhängig ist; die Bekanntmachung betrifft in diesem Falle nur die bereits erfolgte Aufhebung des Verfahrens. Immer also wird der Verwalter erst dann verpflichtet, wenn seine Befugnisse als Verwalter im Allgemeinen erlöschen. Will man nicht die Vorschriften des § 191 ihres Inhalts entkleiden, so muß man hiernach annehmen, daß der Verwalter die Verpflichtungen ungeachtet der im Allgemeinen eingetretenen Aufhebung seiner Befugnisse nach der Aufhebung des Konkurses zu erfüllen hat und zu diesem Zwecke noch über die K.Masse zu verfügen berechtigt ist. Er hat die K.Masse in seinen Händen und ist berechtigt, zum Zwecke der Erfüllung der ihm noch obliegenden Verpflichtungen die von dem G.Schuldner verlangte Herausgabe zu verweigern. Er ist auch berechtigt, soweit die wiederhergestellte rechtliche Verfügungsgewalt des G.Schuldners entgegensteht, dessen Mitwirkung zur Erfüllung der auferlegten Verpflichtungen zu fordern. Daß der K.Verwalter die Masseansprüche „aus der K.Masse" berichtigen soll, die als solche nach der Aufhebung des Verfahrens nicht mehr besteht, kann gegen die fortdauernde Verpflichtung und Berechtigung des Verwalters nicht anders verwerthet werden, als daß der Verwalter, wie sich von selbst versteht, nicht das konkursfrei gewesene Vermögen des G.Schuldners heranziehen kann. Einer weiteren Verwerthung steht entgegen, daß die Worte weder im Satz 2 Abs. 1 noch im Abs. 2 vorkommen oder auch nur nach der Satzbildung in einem anderen als dem angegebenen Sinne hinzugedacht werden müßten. Die Verpflichtungen des Verwalters beziehen sich nur auf die zur Zeit der Aufhebung des K.Verfahrens vorhandene Sachlage. Was zu dieser Zeit an Masseansprüchen ihm nicht bekannt, an bevorrechtigten Konkursforderungen nicht festgestellt oder ihm nicht glaubhaft gemacht ist, bleibt außer Betracht. Durch Vernachlässigung der Verpflichtungen wird der Verwalter den Betheiligten persönlich verantwortlich. Das **RG.** 27, 113 scheint allerdings davon auszugehen, daß der Verwalter nach Aufhebung des K.Verfahrens zu den hier fraglichen Maßregeln nicht mehr berechtigt sei, da es dem Verwalter im gegebenen Falle nur die Versäumniß der zweitägigen Frist zum Vorwurf macht, nach deren Ablauf die öffentliche Bekanntmachung wirksam wird. Im **RG.** 39, 94 findet sich gleichfalls eine Hinweisung auf diese Frist. Dabei ist aber unbeachtet gelassen, daß,

Digitized by Google

soweit überhaupt die Bekanntmachung als Zustellung den Einstellungsbeschluß wirksam macht, vor Ablauf der Frist die Befugnisse des Verwalters überhaupt nicht endigen und die hier fraglichen besonderen Verpflichtungen nicht beginnen, und daß im Falle des § 116 eine Wirksamkeit der Bekanntmachung überhaupt nicht in Frage steht.

2) **Für die Masseansprüche** haftet zwar der G.Schuldner nach der Aufhebung des K.Verfahrens persönlich. Die Verpflichtungen aus den vom Verwalter eingegangenen oder fortgesetzten Rechtsverhältnissen (z. B. Miethe, Pacht, Prozeßführung) werden durch die Aufhebung nicht berührt. Die Sorge für die Berichtigung oder Sicherstellung der Masseansprüche liegt aber auch dem K.Verwalter über die Dauer des Verfahrens hinaus ob. Soweit sie noch nicht fällig oder aufschiebend bedingt sind, muß er die erforderlichen Beträge zurückbehalten. Soweit er die Ansprüche selbst nicht anerkennt, muß er bei eigener Verantwortung für deren Sicherstellung sorgen. Die Sicherstellung ist keine prozessuale und deshalb nicht nach C.P.O. § 108, sondern nach B.G.B. § 234 zu leisten (vergl. B.G.B. § 52 Abs. 2, H.G.B. § 301 Abs. 3, § 320 Abs. 2, Ges. über die Gesellschaften mit beschr. Haftung § 79 Abs. 2). Die Gläubiger haben auf die Sicherstellung keinen Anspruch, weder gegen den Verwalter noch gegen den G.Schuldner; sie können von dem Verwalter nur mit dem Nachweise ihres Anspruchs Befriedigung verlangen, unbeschadet der Begründung eines Arrestgesuches. Der Verwalter aber wird ganz frei, wenn er die erforderliche Sicherheit geleistet oder ohne Erfolg angeboten hat. Im Interesse des G.Schuldners hat er dafür zu sorgen, daß die Gläubiger auch diesen nicht persönlich in Anspruch nehmen können, ohne die Sicherheit aufzugeben.

3) Die im Abs. 2 vorgeschriebene Fürsorge für **bevorrechtigte Forderungen,** die wie die Masseansprüche am Z.V. nicht theilnehmen, § 173, liegt dem Verwalter als Amtspflicht aus seiner Vertretung in der Vermögensverwaltung im Interesse der K.Gläubiger ob. Er hat die ihm bekannten — angemeldeten oder nicht angemeldeten, da das Gesetz nicht unterscheidet — aus der K.Masse zu berücksichtigen; und zwar die festgestellten zu zu zahlen und die andern, soweit sie glaubhaft sind (also im Zweifel zur Vermeidung eigener Verantwortlichkeit immer), zu sichern. Fitting § 48 Nr. 23; Petersen-Kleinfeller, Sarwey, Stieglitz, Völderndorff, Jäger zu § 191. Abw. will Oetker, I, 498 nur angemeldete und geprüfte für die Sicherung berücksichtigen. Aber Abs. 2 stellt deutlich nur festgestellte in Gegensatz, also gegenüber allen nicht festgestellten. Der innere Grund für die Fürsorge im Abs. 2 liegt darin, daß bevorrechtigte Gläubiger zur Abwendung des Z.V. nichts thun können; sie würden, bei Versagung aller Vortheile des Z.V. durch die K.Aufhebung betroffen, schlechter gestellt sein, als nicht gemeldete einfache Gläubiger.

§ 192. (177.)

Soweit der Zwangsvergleich nicht ein Anderes bestimmt, erhält der Gemeinschuldner das Recht zurück, über die Konkursmasse frei zu verfügen.

E. I. 201. P. 198.

1. Wirkung des Z.V. für die K.Masse. | 2. Für die Zeit nach dem Konkurse.

1) **Wirkung des Z.V. für die K.Masse.** Die K.Masse bleibt nach wie vor dem Z.V. Eigenthum des G.Schuldners; der Verwalter bleibt ihm für das Beseitigen von dazu gehörigen Gegenständen verantwortlich, auch wenn der Verwalter durch den Inhalt des Z.V. beauftragt wäre, die Masse unter den Gläubigern zu vertheilen, **RG.** 23. Sept. 1893, JW. 486. Nach der Aufhebung des K.Verfahrens, Anm. 3 zu § 190, hat der Verwalter unter Legung seiner Schlußrechnung (Anm. 2 § 190) die bisher seiner Verwaltung unterliegende Masse, sofern der Z.V. nicht andere Bestimmungen trifft, dem G.Schuldner auszuantworten. Soweit dazu Handlungen oder Erklärungen des Verwalters nicht nöthig sind, hört kraft Gesetzes die Verfügungsentziehung (§ 6) mit der K.Aufhebung auf, Anm. 3 § 190. Der G.Schuldner tritt ohne Weiteres von selbst nach C.P.O. §§ 240, 241 an Stelle des Verwalters in den für die K.Masse erhobenen Rechtsstreit ein, **RG.** 12. Dezbr. 1894, JW. 1895 S. 62. Sofern der G.Schuldner dem Verwalter die Erfüllung des Vergleichs

Digitized by Google

überträgt, kann dieser sie nicht mehr als K.Verwalter ausführen, sondern nur als Beauftragter des G.Schuldners, **RG. 31**, 120 ff. — Die Einschränkung: „soweit der Z.V. nicht ein Anderes bestimmte" bedeutet nur, daß der G.Schuldner die K.Masse durch den Z.V. vertragsmäßig Beschränkungen, z. B. durch Pfandsicherung, Ueberweisung der Masse an einen Dritten zur Vergleichsausführung unterwerfen kann, nicht aber: daß die Aufhebung des Konkurses selbst noch etwa bis zur Ausführung des ZV. aufgeschoben und damit die Verfügungsbeschränkung verlängert werden könnte. Vgl. Anm. 1 § 174.

2) Wirkung der Endigung des Konkurses durch Z.V. für die Zeit nach der Aufhebung des Konkurses. Mit der Aufhebung des Konkurses nach Abschluß eines Zwangsvergleichs werden nicht die einmal eingetretenen Folgen der K.Eröffnung wieder beseitigt. Der G.Schuldner kann die Masse nur so übernehmen, wie sie sich in den Händen des Verwalters gestaltet hat. Er muß, wenn er in einer Gemeinschaft oder Gesellschaft gelebt hat, die inzwischen eingetretene Auseinandersetzung gegen sich gelten lassen. Gesellschaften des bürgerlichen Rechts, offene Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien, die durch den Konkurs sowohl eines Gesellschafters wie der Gesellschaft, Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Erwerbs- und Wirthschafts-Genossenschaften, Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, Vereine und Stiftungen, die durch den über das Vermögen des Vereins, der Gesellschaft oder der Stiftung eröffneten Konkurs aufgelöst werden, bleiben auch nach Z.V. und Aufhebung des Konkurses aufgelöst, wenn nicht durch Gesetz ausdrücklich die Möglichkeit eines Fortbestehens gewährt ist, was bei einem darauf gerichteten besonderen Beschluß der Vereinsorgane im Konkurs und Z.V., Falle der offenen Handelsgesellschaft (H.G.B. § 144), der Aktiengesellschaft (§ 307 Abs. 2), der Kommanditaktiengesellschaft (§ 320 Abs. 2), der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Ges. v. 20. 4. 1892/20. 5. 1898 § 60 Nr. 4) und des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit (Ges. v. 12. Mai 1901 § 49) geschehen ist.

Für die übrigen Wirkungen des Konkurses auf die Vermögensstellung des G.Schuldners (vgl. § 25 Anm. 4) ist die Erledigung des Konkurses durch Zwangsvergleich ohne Einfluß. Vgl. Anm. 4 zu § 163.

§ 193. (178.)

Der rechtskräftig bestätigte Zwangsvergleich ist wirksam für und gegen alle nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger, auch wenn dieselben an dem Konkursverfahren oder an der Beschlußfassung über den Vergleich nicht Theil genommen oder gegen den Vergleich gestimmt haben. Die Rechte der Gläubiger gegen Mitschuldner und Bürgen des Gemeinschuldners, sowie die Rechte aus einem für die Forderung bestehenden Pfandrecht, aus einer für sie bestehenden Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld oder aus einer zu ihrer Sicherung eingetragenen Vormerkung werden durch den Zwangsvergleich nicht berührt.

E. I. 183. P. 197, 198. K. O. N.

I. Wirkung des Zwangsvergleichs
1. auf den Grund der K.Forderungen,
2. auf den Umfang der K.Forderungen,
3. auf Forderungen, die nach dem Schätzungswerthe geltend gemacht werden,
4. auf Forderungen aus zweiseitigen Verträgen.
5. II. Wirkungslosigkeit des Z.V.
6. bei Forderungen aus § 63,
7. bei den Kosten des Vergleichsverfahrens,
8. bei Massenansprüchen,
9. bei Vorrechtsforderungen,
10. bei Absonderungsrechten.
11. III. Verhältniß zu Bürgen und Mitschuldnern des G.Schuldners.
12. IV. Formale Geltendmachung des Z.V.
13. V. Ausländischer Akkord.

I. Wirkung des Zwangsvergleichs §§ 193, 194.

1) Auf den Grund der Konkursforderungen. Auf Grund des Beschlusses der Gläubigerversammlung (§ 182) bindet die mit dem G.Schuldner erfolgte Einigung alle nicht bevorrechtigten K.Gläubiger, auch die, die am K.Verfahren überhaupt nicht theilgenommen haben. Vgl. Vorbemerkung 2 vor dem 6. Titel. Die Einigung geht dahin, daß.

Digitized by Google

jeder K.Gläubiger unter Aufgabe weiterer Rechte in bestimmter Weise nach Maßgabe seiner Forderung befriedigt wird. Die bestehende Forderung bleibt demnach auch nach Abschluß des Z.V. die Grundlage seines Befriedigungsanspruches, die Feststellung der Tabelle der Vollstreckungstitel für die Beitreibung (§ 194). Der Z.V. ist deshalb weder ein Anerkenntniß, noch eine Novation der Forderung, die sie auf eine andere Grundlage, nämlich den Vergleich, stellte. Sie lebt bei Anfechtung (§§ 196 ff.) wieder im alten Umfange auf. Ebensowenig enthält der Vergleich auch einen Verzicht auf Einwendungen, die gegen die angemeldete und festgestellte Forderung nach der Feststellung entstanden sind, und es kann lediglich in Frage kommen, ob in dem Verschweigen der Absicht, solche Einwendungen geltend zu machen, ein unlauteres Verhalten des G.Schuldners zu sehen ist, das den einzelnen Gläubiger berechtigt, vor Bestätigung des Vergleichs die Verwerfung zu beantragen (§ 188 Anm. 1), oder ein Betrug, auf Grund dessen der Vergleich angefochten werden kann (§ 196). Der Vergleich ist nicht ein Vergleich über die Forderungen, sondern ein Vergleich über die Befriedigung der unabhängig von ihm bestehenden Forderungen. Jäger Anm. 2, a. M. **RG. 37**, 142 ff.

2) In **welchem Umfange** der Z.V. auf die K.Forderung wirkt, ergiebt sich lediglich aus seinem Inhalt; das Gesetz bestimmt nur, welche Forderungen betroffen werden. Die Beschränkung der Forderung bleibt auch dann bestehen, wenn der G.Schuldner von Neuem in Konkurs verfällt; nicht wenn gemäß §§ 197, 198 die Wiederaufnahme des Verfahrens erfolgt. — Ueber die Einwirkung einer Aufrechnung vgl. Vorbem. 7 vor § 53. — Die im § 193 bestimmte Wirksamkeit des Z.V. betrifft aber nur die Zulassung der rechtlichen Verfolgung. Dem G.Schuldner bleibt die moralische Verpflichtung, seinen Gläubigern ihren Ausfall zu erstatten, mit der Wirkung, daß, wenn er einen durch Zwangsvergleich erlassenen Betrag selbst irrthümlich gezahlt hat, dessen Rückforderung (conditio indebiti) ausgeschlossen ist und das Gegebene nicht als geschenkt gilt. Ebenso kann der G.Schuldner nach der Vergleichsbeendigung verbindlich Verträge über Anerkennung und Befriedigung solcher erlassener Beträge schließen. Für das alte Recht vgl. **ROHG. 8**, 279, **16**, 184 und besonders **RG. 42**, 118 ff. mit Litteraturangabe. Für das Recht des B.G.B. kommt bei Beantwortung der Frage der § 814 in Betracht, nach dem das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete dann nicht zurückgefordert werden kann, wenn der Leistende gewußt hat, daß er zur Leistung nicht verpflichtet war, oder wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach. Der G.Schuldner wird in der Regel wissen, daß ihm der Restbetrag seiner Schuld durch den Z.V. erlassen war; wußte er es nicht, so bleibt, wie oben ausgeführt, die sittliche Verpflichtung. Für die Annahme, daß der Z.V. gewisse Rechte des Schuldverhältnisses bestehen läßt, spricht sodann im K.Recht selbst der Umstand, daß die nach B.G.B. §§ 1252, 767, 423 mit der Forderung selbst untergehenden Pfandrechte oder Rechte gegen einen Bürgen oder Mitschuldner nach § 193 Abs. 2 bestehen bleiben. Ebenso Jäger Anm. 5, Petersen-Kleinfeller Anm. 4, Seuffert § 57 (S. 443), Meisner, Oertmann, Kuhlenbeck, Kommentar zu B.G.B. Erl. zu § 814; a. M. Planck Anm. 2b zu § 813.

3) **Auf Forderungen, die nach ihrem Schätzungswerthe oder unter Kapitalisirung geltend** gemacht werden müssen (§§ 69, 70), sowie auf Forderungen, die sich einen Abzug gefallen lassen müssen (§ 65 Abs. 2), wirkt der Z.V., wenn sie angemeldet und mit einem Schätzungs- oder Kapitalwerth oder unter Abzug festgestellt sind, zweifellos wie auf jede andere nicht bevorrechtete Forderung. Die ursprüngliche Sachforderung, wiederkehrende Hebung oder betagte Forderung ist erledigt; ihre Feststellung als Konkursforderung hat die frühere Gestalt mit Urtheilskraft beseitigt (§ 164). Aber auch wenn solche Forderungen nicht festgestellt oder gar nicht angemeldet sind, können sie nur nach Maßgabe des Zwangsvergleichs und nur in der Form, in der sie sich als K.Forderung darstellen, Befriedigung verlangen, obschon die Befriedigung auf Grund des Z.V. außerhalb des K.Verfahrens fällt. Nur so läßt sich die Bestimmung des § 193 Satz 1 in die Praxis umsetzen, und findet eine wirkliche Gleichberechtigung aller K.Gläubiger statt (§ 181). Ebenso Jäger Anm. 3, a. M. Petersen-Kleinfeller Anm. 1 und zum Theil Seuffert § 57 S. 435. Für

Digitized by Google

Forderungen solcher Gläubiger muß deshalb der Schätzungswerth oder der Werth mit Abzug nach § 65 Abs. 2 ermittelt und auf ihn dann der Z.V. in Anwendung gebracht werden. Die Ermittelung erfolgt im Streitfalle durch das Prozeßgericht.

4) **Forderungen aus zweiseitigen Verträgen,** die zur Zeit der K.Eröffnung von beiden Theilen noch nicht oder nicht vollständig erfüllt waren (§ 17), können nur insofern in Betracht kommen, als der Verwalter von dem Rechte, die Erfüllung des Vertrags zu verlangen, keinen Gebrauch gemacht hat. Hat der Verwalter davon Gebrauch gemacht, so ist die dem G.Schuldner zur Last gebliebene Verpflichtung eine Masseschuld (Anm. 7 zu § 17). Anderenfalls kann der Anspruch des Gläubigers aus dem Vertrage wie im Konkurse so auch nach dem Z.V. wegen der nothwendigen Ermäßigung nur als Geldforderung nach dem Schätzungswerthe der ursprünglich bestandenen durch Gegenleistung bedingten Forderung geltend gemacht werden. Ist die Forderung demgemäß im Konkurse ohne Widerspruch des G.Schuldners festgestellt worden, so hat es bei dieser Feststellung sein Bewenden. Fehlt es an einer solchen Feststellung, so kann der Gläubiger doch nur die Vergleichsrate von der durch Schätzung festzustellenden Forderung verlangen. Der gewesene G.Schuldner dagegen hat sein Recht behalten, die Erfüllung des Vertrages gegen vollständige Gegenleistung zu verlangen, sofern dies Recht nicht schon durch das Verhalten des Verwalters (§ 17 Abs. 2) verloren gegangen ist; denn sein Aktivvermögen ist durch den Vergleich nicht berührt. Ebenso Seuffert S. 190. A. M. Jäger Anm. 54—56 zu § 17.

5) II. Nach der Natur des Z.V. als eines zwischen dem G.Schuldner und den nicht bevorrechtigten K.Gläubigern geschlossenen Vertrags sind **von seiner Wirkung ausgeschlossen** alle die im Augenblicke des Vergleichsabschlusses zur Klasse der nicht bevorrechtigten K.Forderungen nicht gehörenden Forderungen, namentlich also alle Forderungen, die inzwischen getilgt sind. Ueber die Tilgung durch Aufrechnung und den Einfluß des Vergleichs auf sie vgl. Vorbem. 7 vor § 53. Ferner bleiben alle Forderungen unberührt, die überhaupt nicht Konkursforderungen sind, doch giebt es einen Verzicht auf die Eigenschaft der Forderung als K.Forderung nicht. Insbesondere ist die Wirkung des Z.V. ausgeschlossen bei:

6) a) **Forderungen, die gemäß § 63** oder im Falle eines gemäß § 5 Abs. 2 angeordneten Vergeltungsrechts **im Konkurse nicht geltend gemacht werden dürfen.** Auch die Gläubiger dieser Forderungen sind nicht K.Gläubiger und insbesondere nicht zu den im § 193 bezeichneten „nicht bevorrechtigten K.Gläubigern", d. h. den Gläubigern des § 61 Nr. 6 im Gegensatze zu § 61 Nr. 1 bis 5 für den Z.V. zu rechnen. Mit ihnen als den Gläubigern dieser Forderungen ist der Vergleich nicht geschlossen. Nach dem Gegenstande und dem Zwecke des Vergleichs, einen Ersatz für die aus der Masse zu erwartende Befriedigung zu bieten, sind die Vortheile und Nachtheile des Vergleichs für diejenigen ausgeschlossen, die aus der Masse nichts zu erwarten haben. Sie können ihre Ansprüche gegen den G.Schuldner des Vergleichs ungeachtet in vollem Umfange geltend machen. (Stieglitz Anm. II; Endemann S. 604; a. M. Völderndorff zu d.) Es zeigt sich dies am deutlichsten bei den Forderungen, die nicht bloß als Nebenforderungen wirklicher K.Forderungen anzusehen sind; so bei den einem Nießbraucher zustehenden Zinsen (§ 63 Z. 1) und den Forderungen aus freigebigen Verfügungen des G.Schuldners (§ 63 Z. 3). Für Nebenforderungen der K.Gläubiger an Zinsen und Kosten (§ 63 Z. 1, 2) wird der Vergleich vielleicht auch in der Art maßgebend sein, daß sie mit dem Erlaß des Hauptforderungsrestes gleichfalls erlassen sein sollen; das ist möglich, weil die Gläubiger zu den Vertragschließenden gehören. Es kommt aber dabei durchaus auf den Willen der Betheiligten und die Auslegung des geschlossenen Vertrages an. Auch kann jeder Gläubiger nur für sich den Erlaß bewilligen, ohne daß die übrigen durch eine Mehrheit gebunden werden. Der § 193 Satz 1 spricht eben nur von Konkursforderungen.

Eine grundsätzliche Annahme, daß an die Stelle der Forderung, wie sie zur Zeit der K.Eröffnung bestand, die Vergleichsforderung trete und sonach außer dieser keine Forderung übrig bleibe, wovon Vertragszinsen zu zahlen seien (Oetker I, 228). ist nicht gerechtfertigt;

Digitized by Google

es bestand die K.Forderung für das Kapital und daneben die nicht konkursmäßig geltend zu machende auf fernere Zinsen; nur an Stelle der ersten tritt die Vergleichsforderung, wenn der Z.V. nicht ein Anderes ergiebt. Vgl. Dernburg 2, § 126 Nr. 8; Eccius 1, § 120 Anm. 1; Köhler S. 459; Petersen-Kleinfeller Anm. 1; Jäger Anm. 7.

7) b) **Die Kosten des Z.Vergleichsverfahrens** sind nicht Massekosten, Anm. 1 b § 58. Gerichtsgebühren werden dafür nach dem Ger.Kost.Ges. nicht erhoben; die entstehenden baaren Auslagen, insbesondere der Bekanntmachung, hat der G.Schuldner als Antragsteller zu tragen, §§ 81, 84 Ger.Kost.Ges. Die den einzelnen K.Gläubigern erwachsenen Kosten, insbesondere Anwaltsvertretungskosten, gehören zu den im § 63 Nr. 2 bezeichneten Forderungen, die im K.Verfahren nicht, dagegen, soweit sie begründet sind, sofort nach der K.Beendigung geltend gemacht werden können und von denen das im vorstehenden Absatz Gesagte gilt.

8) c) **Massesprüche** bleiben ebenfalls unberührt. Dazu gehören die Forderungen auf Erfüllung von gegenseitigen Verträgen, wenn der Verwalter die Erfüllung gewählt hat. Vgl. Anm. 4.

9) d) **Vorrechtsforderungen**; darüber, daß unter ihnen nicht nur die festgestellten Vorrechtsforderungen zu verstehen sind, vgl. Anm. 4 zu § 191. Ein Verzicht auf das Vorrecht nach Abschluß des Z.V. mit der Wirkung, daß die Forderung nur aus der für die nicht bevorrechtigten Forderungen verfügbaren Masse Befriedigung finden müsse, ist unzulässig, weil der Vergleich nur mit den zur Zeit seines Abschlusses nicht bevorrechtigten Gläubigern abgeschlossen wird.

10) **Absonderungsberechtigte** sind wegen ihrer persönlichen Forderungen dem Z.V. unterworfen und daraus berechtigt, soweit sie durch Verzicht oder Ausfall nicht oder nicht mehr absonderungsberechtigt sind, soweit es sich nicht um die Ausübung des Absonderungsrechts handelt, RG. 23, 43, sie mögen ihre persönlichen Forderungen angemeldet haben oder nicht. Vom Ausfalle, nicht von den noch durch Pfand gedeckten Forderungen, können sie den Vergleichsantheil fordern, Obtr. 43, 423—432; auch nur vom wirklichen, nicht von dem muthmaßlichen Ausfalle; und ebenso wenig können sie vor Feststellung eines Ausfalles den Vergleichsantheil von der ganzen Forderung und wegen des Restes zugleich die Pfandverwerthung für sich verlangen, RG. 5, 394; 23, 43; Bayr. Ob.L.G. Seuffert Arch. 39, 481. Vielmehr beseitigt der Vergleich nicht die gegebene Beschränkung, daß der Gläubiger zunächst auf das Pfand verwiesen wird, sofern er auf das Pfandrecht nicht verzichtet. Dies folgt aus dem begrifflichen Verhältnisse, inwieweit der Gläubiger nur als K.Gläubiger gilt, vgl. § 64, und zwar selbst dann, wenn der G.Schuldner vertragsmäßig auf den Einwand, zunächst auf das Pfand zu verweisen, verzichtet hat. RG. 6, 66; Anm. 5 § 64. Ueber die Frage, ob der Absonderungsberechtigte durch Annahme von Vergleichsantheilen auf sein Absonderungsrecht verzichtet, vgl. Anm. 6 § 64. — Besteht ein Pfandrecht für die K.Forderung an einer nicht zur K.Masse gehörigen Sache, so kann nach B.G.B. §§ 1137, 1211 in Frage kommen, ob der Pfandeigenthümer, der die dem persönlichen Schuldner zustehenden Einwendungen geltend machen kann, dem Gläubiger nicht den Abschluß des Z.V. entgegen halten kann. Es ist deshalb durch die Novelle die Bestimmung aufgenommen, daß die Pfandrechte, Hypotheken, Grundschulden oder Rentenschulden, die für eine K.Forderung bestellt sind, von dem Z.V. nicht berührt werden, und diese Vorschrift ist zur Beseitigung der aus der Natur der Vormerkung entstehenden Zweifel auch auf diese ausgedehnt. Begründung zur K.O.N. S. 45. Auch ist in diesem Falle der Gläubiger berechtigt, sich bis zur vollen Befriedigung an die Masse und an das fremde Pfand zu halten, so daß er schon vor der Verwerthung des Pfandes den vollen Vergleichsantheil vom G.Schuldner verlangen kann. In Uebereinstimmung hiermit wurde auch der Rechtszustand vor dem Inkrafttreten des B.G.B. aufgefaßt. RG. 22,325; 23, 119; 1. Dezbr. 1888, JW. 1889 S. 68.

Mit Bezug auf den Ausfall oder den Verzicht auf das die Absonderung begründende Recht steht dem Absonderungsrechte das besondere Vorzugsrecht des Pfandbriefgläubigers

Digitized by Google

(Hyp.BankGes. § 35 Abs. 2) und des Versicherten im Konkurse der Lebensvers.Unternehmung (Priv.Vers.Ges. § 61 Abs. 3) gleich.

11) III. Zu unterscheiden ist das **Verhältniß der Bürgen und Mitschuldner eines G.Schuldners** zu diesem selbst (hierüber und über ihre bedingte Berechtigung vgl. R.O.H. **24**, 1 und Anm. 7 § 67) und ihr Verhältniß zum Gläubiger des G.Schuldners. Das Verhältniß der Rechte der (vom Z.V. betroffenen) K.Gläubiger gegen die Mitschuldner und Bürgen des G.Schuldners wird durch Satz 2 des § 193 bestimmt. Der Satz bedeutet, daß der Gläubiger die ihm nach dem bürgerlichen Rechte zustehenden Rechte gegen die Bürgen und Mitschuldner des G.Schuldners geltend machen kann, ohne daß diese berechtigt sind, einzuwenden, er habe seine Rechte durch einen ohne ihre Genehmigung geschlossenen Zwangsvergleich verloren. Damit wird eine Ausnahme von den Vorschriften des B.G.B. §§ 423, 767 f. geschaffen. Sie gründet sich darauf, daß der Vergleich nicht eine freiwillige Liberalität des Gläubigers gegen den G.Schuldner ist, sondern aus einem gegen die zustimmenden ebenso wie gegen die widersprechenden Gläubiger wirkenden Zwang der Umstände entspringt, und nicht als nachtheilig, sondern durch Vermeidung eines größeren Ausfalls als vortheilhaft für die Bürgen und Mitschuldner anzusehen ist. Mot. 422, 423.

Die Vorschrift gilt für jeden Gläubiger, der der Wirkung des Z.Vergleichs unterworfen ist; er mag ihm beigestimmt oder widersprochen, gar nicht gestimmt oder beim Konkurse überhaupt nicht angemeldet haben. Sie gilt für ihn gegen jeden Mitverpflichteten und Bürgen des G.Schuldners, mögen diese Personen als Gesammtschuldner oder getheilt, unbedingt oder nur im Falle des Unvermögens des G.Schuldners haften; desgleichen gegen den, vor der K.Eröffnung ausgeschiedenen persönlich haftenden Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft in deren Konkurse, **RG.** 1. März 1892, J.W. 181, sowie gegen Dritte, die erst durch ein Abkommen während des Konkurses Mitschuldner geworden sind, **RG.** 7. Nov. 1891, J.W. 555. Die Rechtsstellung der Mitschuldner und Bürgen gegen ihre Gläubiger wird, da sie nicht berührt wird, durch den Z.V. weder gebessert noch verschlechtert. Da andrerseits der (bedingte) Regreßanspruch der Mitschuldner und Bürgen gegen den G.Schuldner vom Z.V. betroffen wird, **RG. 14**, 172, kann dies allerdings zu der Ungleichheit führen, daß sie voll zahlen müssen und vom G.Schuldner nur Vergleichs-Prozente erhalten. Folge der Erhaltung der Rechte des Gläubigers gegen die Bürgen und Mitschuldner (also auch die Vormänner eines Wechselinhabers) ist, daß der G.Schuldner ungeachtet der Erledigung seiner Verpflichtung durch Zahlung der Vergleichsrate nichts verlangen kann, was jene Rechte schmälern würde, insbesondere nicht Streichung seines Wechselakzepts oder Rückgabe des akzeptirten Wechsels, Strieth. **20**, 343 und 365; **40**, 315.

12) IV. **Für die formale Geltendmachung** der Forderungen mit den Wirkungen **des Vergleichs** verbleibt es bei den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und Formen. Für festgestellte Forderungen giebt § 194 einen besonderen Vollstreckungstitel. Der Gläubiger, der schon einen vollstreckbaren Titel hat, kann die Zwangsvollstreckung aus diesem betreiben, Obtr. **64**, 366. Geschieht dies ohne Berücksichtigung des Zw.Vergleichs, so muß der G.Schuldner den Zw.Vergleich gemäß C.P.O. § 767 im Wege der Klage geltend machen. Ist die Forderung weder im Konkurse festgestellt noch mit einem anderen vollstreckbaren Titel versehen, so muß der G.Schuldner den Zwangsvergleich nöthigenfalls in dem zur Erlangung des vollstreckbaren Titels angestellten oder aufgenommenen Prozesse geltend machen.

13) V. **Ob ein ausländischer Zwangsvergleich** Wirkungen auf Forderungen eines inländischen Gläubigers hat, die im Inlande verfolgt werden können, richtet sich zunächst danach, ob der Gläubiger an dem ausländischen Verfahren theilgenommen hat. Ist dies nicht der Fall, so hat der ausländische Vergleich nur für das Staatsgebiet seines Konkursgerichts bindende Kraft. Dies ergiebt sich besonders aus dem § 237, der das inländische Vermögen eines im Auslande in Konkurs gefallenen Schuldners dem freien Zugriffe des Gläubigers überläßt. Der Gläubiger kann also auch durch die ihn für das Ausland bindende Wirkung des Vergleichs nicht im Inlande beschränkt werden. Ebenso liegt der Fall, wo der Gläubiger am ausländischen Verfahren zwar theilgenommen, aber gegen den

Digitized by Google

Vergleich gestimmt hat. Hat er für den Vergleich gestimmt, so muß in Anbetracht der Vertragsnatur der Z.V. untersucht werden, welche Bedeutung seine Erklärung haben soll, ob sie einen Erlaß seiner Forderung enthält oder nur die Unterwerfung unter die von dem ausländischen Gesetz geregelten Wirkungen eines Zwangsvergleichs. Im ersten Falle sind seine Rechte auch auf Befriedigung aus inländischem Vermögen erloschen, im zweiten Falle nicht. Bedeutet, wie für das Recht der K.O. angenommen, im ausländischen Konkurse die Erklärung des Gläubigers nur eine Stimmabgabe — was in jedem Falle zu untersuchen ist —, so muß man annehmen, daß der Gläubiger lediglich den Wirkungen des außerdeutschen Vergleichs unterworfen, an einer Verfolgung seiner Rechte gegen inländisches Vermögen also nicht gehindert ist. Ebenso **RG. 52**, 155 ff.

§ 194. (179.)

Aus dem rechtskräftig bestätigten Zwangsvergleiche findet für die Konkursgläubiger, deren Forderungen festgestellt und nicht von dem Gemeinschuldner in dem Prüfungstermine ausdrücklich bestritten worden sind, gegen den Gemeinschuldner und diejenigen, welche in dem Vergleiche für dessen Erfüllung neben dem Gemeinschuldner ohne Vorbehalt der Einrede der Vorausklage Verpflichtungen übernommen haben, die Zwangsvollstreckung unter entsprechender Anwendung der §§ 724—793 der Civilprozeßordnung und des § 164 Abs. 3 dieses Gesetzes statt.

E. I. 183. P. 201.

1. Berechtigung zur Zwangsvollstreckung.
2. Vollstreckungstitel.
3. Vorrechtsforderungen.
4. Nicht festgestellte K.Forderungen.
5. Vollstreckung gegen den Bürgen.

1) Berechtigung zur Zwangsvollstreckung. Für die Vollstreckbarkeit *festgestellter* vom G.Schuldner nicht bestrittener Forderungen mit der Wirkung des Zwangsvergleichs sind *gegen den G.Schuldner* dieselben Grundsätze maßgebend, wie sie bei der Vertheilungsbeendigung für den Ausfall in § 164 Abs. 2, 3 bestimmt und in Anm. 4—7 zu § 164 erörtert sind. Der G.Schuldner wird nach dem von der K.O. überall durchgeführten Grundsatze durch die *Feststellung* einer Forderung, die er nicht im Termine ausdrücklich bestritten hat, gebunden und der Zwangsvollstreckung unterworfen. Die Feststellung muß vor der K.Beendigung erfolgt sein, s. Anm. 4.

2) Nach § 164 soll die Zwangsvollstreckung „aus der Eintragung in die Tabelle" erfolgen. Auch im Falle des Z.V. ist in den Mot. zu § 194 mit Recht die Feststellung als der Vollstreckungstitel bezeichnet. Insoweit bleibt der allgemeine Grundsatz des § 164 maßgebend. Durch den Z.V. wird nur die Geltendmachung des Titels verändert, so daß die aus dem eigentlichen Schuldtitel zulässige Vollstreckung auf den Inhalt des Vergleichs beschränkt bleibt. Da der Rechtsgrund durch den Z.V. unberührt bleibt, Anm. 1 § 193, so kann die Bedeutung der Vorschrift des § 194, die den Z.V. als Vollstreckungstitel bezeichnet, nur dahin gehen, daß *aus dem vorhandenen Rechtsgrunde* und Titel und aus deren *Feststellung* die Zwangsvollstreckung *nach Maßgabe* des Zwangsvergleichs zulässig ist. Der Z.V. allein kann auch äußerlich als Vollstreckungstitel nicht genügen. In Berücksichtigung des Umstandes, daß der Z.V. nicht selbst die einzelnen festgestellten und vom G.Schuldner nicht bestrittenen Forderungen angeben wird, daß jedoch im § 194 die Erfordernisse der Vollstreckbarkeit bezeichnet sind, ist mit dem beglaubigten Auszuge der Tabelle eine Ausfertignng des Z.V. nebst Attest der Rechtskraft zu verbinden, um, mit der Vollstreckungsklausel nach C.P.O. §§ 724 ff. versehen, die Legitimation zur Zwangsvollstreckung zu begründen. Vgl. Anm. 6 § 164; RaffK. 39, 866. Voraussetzung für die Zwangsvollstreckung ist aber außerdem immer noch die Aufhebung des K Verfahrens (§ 190) und deshalb darf die vollstreckbare Ausfertigung nicht vor der Aufhebung ertheilt werden, die erst mit Ablauf der zweitägigen Frist nach der Ausgabe der Bekanntmachung wirksam wird. Betreffs der Anwendung der C.P.O. § 767 Abs. 2 ist, da das Bestehen

Digitized by Google

der Forderung durch die Feststellung oder den Feststellungsprozeß festgestellt und durch den Z.V. nur die Beschränkung des Maßes der Verwirklichung hinzugefügt wird, bei der Feststellung die Zeit dieser oder der letzten mündlichen Verhandlung im Feststellungsprozesse maßgebend (wie für § 164 Abs. 2), bei dem Vergleiche die Vergleichsverhandlung, §§ 179, 184.

3) Die festgestellten vom G.Schuldner nicht bestrittenen **bevorrechtigten Forderungen** haben nach der K.Beendigung schon gemäß dem allgemeinen Grundsatze des § 164 Abs. 2 und nach § 191 Abs. 2 das Recht auf Zwangsvollstreckung behufs ihrer vollständigen Befriedigung. Vgl. Mot. 424, P. 201 Abs. 3. Ein vom Gläubiger behauptetes Vorrecht kann, wenn begründet, für den Einwand oder die Replik benutzt werden, daß die Forderung vom Z.V. nicht betroffen ist. Schwebt ein Feststellungsstreit über das Vorrecht, so bleibt, wenn der Verwalter das Vorrecht bestritten hat, dieser auch nach der Aufhebung des Konkurses zur Fortsetzung des Rechtsstreits befugt. Dies folgt aus den in Anm. 1 zu § 191 erörterten Grundsätzen. Hatte ein K.Gläubiger widersprochen, so gilt das in Anm. 4 über einen solchen Widerspruch Gesagte.

4) Für **alle nicht festgestellten K.Forderungen** verbleibt es bei den allgemeinen Grundsätzen; der Gläubiger muß klagen, **RG.** 22, 153; indeß ein schon früher vorhandener Vollstreckungstitel bleibt an sich wirksam und unterliegt nur den aus der Wirkung des Vergleichs sich ergebenden Aenderungen. Anm. 2 § 193. Die Feststellung muß zur Anwendbarkeit des § 194 vor der K.Beendigung erfolgt sein; nachher kann die Feststellung nicht mehr nachgeholt werden, **RG.** 22, 155; 15. Febr. 1895, Raff.K. 39, 1093, J.M. 185. Der Widerspruch eines anderen Gläubigers verliert mit der K.Beendigung nach einem Z.V. seine Bedeutung und für die Legitimation eines widersprechenden Gläubigers fehlen Recht und Interesse; ein gegen den widersprechenden Gläubiger schwebender Feststellungsstreit kann nur noch wegen der Kosten fortgesetzt und hierüber auf Grund der Festsetzung, ob der Widerspruch begründet war, entschieden werden. Wenn der Verwalter widersprochen hat, so kann gegen ihn ein schwebender Feststellungsstreit nicht fortgesetzt werden, sowohl weil die Feststellung als solche nach der K.Beendigung nicht zu erwirken ist, als auch weil seine Thätigkeit als Verwalter mit der K.Beendigung und mit der Rückgabe der freien Verfügung über die Masse an den G.Schuldner dieser die selbständige Legitimation zu den bisher vom K.Verwalter für die Masse geführten Prozessen erhält; der Gläubiger kann unter entsprechender Aenderung des Antrags auf Zahlung des Vergleichsbetrags statt auf Feststellung den Prozeß gegen den G.Schuldner fortführen. — War die K.Forderung vom Schuldner im Prüfungstermine ausdrücklich bestritten, und dessen Widerspruch nicht schon während des Konkurses beseitigt, so muß der Gläubiger auch für festgestellte Forderungen sich durch Prozeß einen Z.Vollstreckungstitel gegen den G.Schuldner verschaffen.

5) **Die Vollstreckbarkeit gegen den Bürgen** ist durch das Gesetz dem Z.V. beigelegt. Strieth. 76, 321. Die Zwangsvollstreckung ist für die in Anm. 1 bezeichneten Forderungen gegen den *Vergleichsbürgen* statthaft, wenn er sich nicht im Vergleiche die Einrede, daß der Hauptschuldner zuerst angegriffen werden müsse (der Vorausklage), vorbehalten hat. Bürgen, die ohne solchen Vorbehalt für den Z.V. die Bürgschaft übernehmen, unterwerfen sich zufolge § 194 der sofortigen Zwangsvollstreckung, auch wenn *dies nicht ausdrücklich* erklärt wird. Vielmehr muß der Vorbehalt ausdrücklich erklärt sein, um wirksam zu sein. Bürgen, die sich die Einrede der Vorausklage vorbehalten, also nur subsidiarisch haften wollen und dies ausdrücklich erkennbar machen, können verlangen, daß der Berechtigte nach Maßgabe des bürgerlichen Rechtes (B.G.B. § 771) zunächst gegen den Hauptschuldner sein Recht verfolgt. Die Zwangsvollstreckung ist gegen den *Vergleichsbürgen* nur für Forderungen gegeben, die zur Zeit des im § 194 als maßgebend bezeichneten Z.V., d. h. bis zu dem in der Abstimmung des Vergleichstermins erfolgenden Abschlusse des (demnächst bestätigten) Z.V. festgestellt und vom G.Schuldner nicht bestritten sind. Dies heben auch die Mot. S. 425 hervor, vgl. Hullmann Anm. 3; Stieglitz Anm. II. 1; Sarwey-Bossert Anm. 2; Petersen-Kleinfeller Anm. 16; Jäger Anm. 4; Wengler Anm. 2; Oetker Konk. Fr. S. 67, 68. A.M. Fitting 3. Aufl. § 49 Anm. 9. Die Verpflichtung des Bürgen, der unbedingt für die Erfüllung des Z.V. sich verbürgt,

Digitized by Google

kann indeß (ohne die Vollstreckbarkeit nach § 194) durch besondere Klage auch für die zur Zeit des Z.V. noch nicht festgestellten Forderungen geltend gemacht werden. Vgl. Völderndorff zu b.

Anmerkung.

Der frühere § 180 lautete:

Soweit die Leistungen aus dem Vergleiche noch nicht fällig sind, gewährt die Feststellung einer Konkursforderung, wenn nach den Landesgesetzen ein Urtheil den Anspruch auf eine Hypothek an dem unbeweglichen Vermögen des Schuldners begründet, den Anspruch auf eine solche nur im Falle eines Arrestgrundes.

Diese Bestimmung ist nach Einführung des neuen Rechtes insofern überflüssig geworden, als die Sicherungsansprüche, die ein Urtheil bei Gegenständen des unbeweglichen Vermögens gewährt, nunmehr einheitlich durch die Vorschriften der C.P.O. §§ 864—871 geregelt sind. Danach ist mangels einer abweichenden Bestimmung die Vollstreckung eines auf noch nicht fällige Leistungen gerichteten Urtheils auch in Gegenstände des unbeweglichen Vermögens gemäß C.P.O. § 751 erst nach Eintritt der Fälligkeit möglich. Liegt das Bedürfnis einer Sicherung für die künftige Erfüllung vor, so kann sie im Wege des Arrestes erreicht werden, wenn ein Arrestgrund glaubhaft gemacht werden kann.

§ 195. (181.)

Eine Klage auf Aufhebung des Zwangsvergleichs aus dem Grunde der Nichterfüllung desselben findet nicht statt.

E. I. 185. P. 201.

Folge der Nichterfüllung des Z.V. ist nur die Erzwingbarkeit der Erfüllung gemäß §§ 190—194. Dagegen ist die Nichterfüllung *gesetzlich* und stillschweigend kein Grund, die Aufhebung des Z.V. zu verlangen. Dies ist im § 195 ausdrücklich gesagt, damit nicht sonst für das Gebiet des französischen Civilrechts aus Code civ. art. 1184 die entgegengesetzte Folgerung gezogen wurde. Vgl. de lege ferenda Kohler S. 497. Damit ist auch der Rücktritt als Verzugsfolge (B.G.B. § 326) ausgeschlossen. Daß *vertragsmäßig* dem Vergleiche die kassatorische Klausel als Bedingung beigefügt würde, soll durch § 195 nicht verboten sein. Mot. 426. Aber keinesfalls kann das Ausbleiben der Erfüllung als eine den Vergleich aufhebende Bedingung gestellt werden, selbst wenn als die Erfüllung, deren Ausbleiben aufheben soll, nur die Leistung einer versprochenen Sicherheit bezeichnet werden sollte; denn ein bedingter Z.V. ist überhaupt nicht zulässig, Anm. 1 zu § 190. Zulässig ist nur die Bestimmung, daß der einzelne Gläubiger, dem die versprochene Leistung nicht gewährt wird, für seine Person an den im Z.V. bedungenen Erlaß nicht gebunden sein soll, wobei weiter bestimmt werden kann, daß der Gläubiger, der hiervon Gebrauch macht, auch die Vortheile des Vergleichs verlieren, oder aber behalten soll. Ein Wiederaufleben des aufgehobenen K.Verfahrens ist der Vereinbarung der Betheiligten entzogen. Es bleibt nur die Möglichkeit eines neuen K.Verfahrens, dessen Eröffnung den gewöhnlichen Voraussetzungen unterliegt. Vgl. B.G.B. §§ 360, 361. Stieglitz Anm. I 2; Fitting 3. Aufl. § 47 Anm. 12; Endemann S. 597; Oetker Konk. Fr. S. 64 ff.; Vierhaus, Busch **14**, 234; Löhr, Busch **16**, 390.

§ 196. (182.)

Wenn der Zwangsvergleich durch Betrug zu Stande gebracht ist, so kann jeder Gläubiger den vergleichsmäßigen Erlaß seiner Forderung anfechten, unbeschadet der ihm durch den Vergleich gewährten Rechte.

Die Anfechtung ist nur zulässig, wenn der Gläubiger ohne Verschulden außer Stande war, den Anfechtungsgrund in dem Bestätigungsverfahren geltend zu machen.

E. I. 186. P. 203. 204.

1. Betrug.
2. Zusammenhang zwischen Betrug und Vergleichsannahme.
3. Anfechtbarkeit.
4. Rechte gegen den Vergleichsgaranten.
5. Anfechtung.
6. Absatz 2.

Digitized by Google

1) Sowohl **der strafrechtliche Begriff des Betruges** (St.G.B. § 263), als auch der civilrechtliche (B.G.B. § 123) erfordern eine wissentliche Erregung oder Unterhaltung oder Benutzung eines Irrthums. Aus der allgemeinen Fassung des § 196 erhellt ferner, daß hier in demselben Sinne, wie hinsichtlich der dem § 31 zu Grunde liegenden dolosen Absicht, die Richtung des Irrthums sowie der Absicht nicht gerade bestimmte Gläubiger zu treffen braucht. Es genügt, daß nach der Sachlage anzunehmen ist, es sei bei Gläubigern, gleichviel, ob nur bei einem oder einzelnen bestimmten, oder unbestimmt bei welchen, der Irrthum erregt oder unterhalten. Ob der Betrug vom G.Schuldner oder von einem Dritten begangen, bleibt für den § 196 ebenfalls gleichgültig. (Abw. verlangt Meisner S. 364 Veranlassung oder Vorwissen des G.Schuldners.) Hier sind nur die Erfordernisse des civilrechtlichen Betruges zu verlangen. Ohnehin ist aber bei jedem Z.V. im Falle bewußter Irrthumserregung, die Absicht, „sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvortheil zu verschaffen" (St.G.B. § 263), die für den civilrechtlichen Betrug nicht nöthig sein würde, stets anzunehmen, da die Absicht nur darauf gerichtet sein kann, den Vergleich zu Stande zu bringen, der für den G.Schuldner eine (für ihn an sich unberechtigte) Verbesserung seiner Schuldenverhältnisse und die freie Verfügung über die K.Masse herbeiführt. Die Benachtheiligung der Gläubiger liegt allemal schon im thatsächlichen Abschlusse des Z.V., namentlich in der unwiderruflichen K.Beendigung und im vergleichsmäßigen Erlasse. Ein *besonderer* Nachweis einer Vermögensbeschädigung oder einer Absicht auf einen rechtswidrigen Vortheil ist hier nicht nöthig. So ist auch bei der Erörterung in der R.K. unter Zustimmung der Bundesvertretung der Begriff des Betruges hier verstanden. Prot. 114, 115. Eine Anfechtung aus anderen Gründen als Betrug, namentlich wegen Irrthums, Drohung u. s. w., ist nach der bestimmten Vorschrift des § 196 ausgeschlossen.

2) **Der Betrug muß den Z.V. „zu Stande gebracht" haben**, causam dans, nicht incidens gewesen sein. Genügend, aber auch nöthig ist es daher, den Kausalzusammenhang zwischen dem Betruge und der Abstimmung nachzuweisen. Unter allen Umständen liegt der Zusammenhang klar, wenn ein Gläubiger, dessen Stimme zum Abschluß des Vergleichs unentbehrlich war, durch eine nicht bekannt gegebene besondere Begünstigung gewonnen ist. Es kommt aber auch, wenn die Stimme des Begünstigten nicht ausschlaggebend war, in Frage, ob andere Gläubiger bei Kenntniß von jener Begünstigung für den Vergleich gestimmt hätten. Es genügt daher der Nachweis, daß der Irrthum bei einer so großen Zahl von Gläubigern entstanden ist, als für die Annahme des Vergleichs ausschlaggebend gewesen ist, und daß sie zur Zeit des Vergleichs ohne Irrthum nicht zugestimmt haben würden, gleichviel ob sie nachträglich den Vergleich aufrecht erhalten wollen. **RG. 39**, 17 ff. Sind Theilungsmasse oder Schuldmasse unrichtig angegeben, erstere zu gering oder die Schuldmasse durch Uebertreibung der Schuldenangabe zu hoch, so ist, da nach diesen Faktoren von den Gläubigern die wahrscheinlichen Ergebnisse berechnet werden, anzunehmen, daß die unrichtige Sachdarstellung einen kausalen Irrthum herbeigeführt hat. Die konkreten Verhältnisse unterliegen der freien richterlichen Beweiswürdigung. C.P.O. § 286. Ein weiteres Beispiel s. **RG. 37**, 142 ff.

3) Der den Gläubigern gegen den Betrug gewährte Schutz ist **Anfechtbarkeit** des im Vergleich gewährten Erlasses. Die Anfechtung trifft nicht den ganzen Vergleich, sie läßt vielmehr die Verpflichtung auf der Schuldnerseite bestehen, enthebt aber den Gläubiger seiner im Vergleich übernommenen Pflichten. Sie wirkt ferner nur für den Anfechtenden. *Jeder* einzelne durch den Vergleich betroffene Gläubiger, ohne Rücksicht, ob er oder ein bestimmter anderer Gläubiger oder ob unbestimmt Gläubiger dem Betruge passiv ausgesetzt waren, ebenso ob er gegen oder für den Vergleich gestimmt hat, oder überhaupt nur vom Vergleich gewußt hat, soll berechtigt sein, die vergleichsmäßigen Rechte geltend zu machen. Dagegen braucht er zugleich die vergleichsmäßige *Minderung* der Schuld nicht gegen sich gelten zu lassen. Der Wegfall dieser allen Gläubigern verursachten Beschädigung, die zugleich den Vortheil des Schuldners aus dem Akkorde bildet, soll ihnen als Entschädigung gewährt werden. Unter dem „**Erlaß**" ist jede Beschränkung der K.Forderung

Digitized by Google

verstanden, die der Akkord dem Gläubiger auferlegt: Nachlaß an Kapital oder Zinsen, oder Aufschub der Zahlung oder Festsetzung anderer ungünstiger Bedingungen.

4) Da für die K.Forderungen nur der G.Schuldner haftet, so ist auch der Erlaß nur gegen diesen anzufechten, nicht auch **gegen den Vergleichsgaranten.** Dieser haftet (abgesehen von einem gegen ihn persönlich begründeten Schadensanspruche) nur für die durch den Vergleich gewährten Rechte. Vgl. Anm. 11 zu § 193. Ist nach dem Vergleich nur ein Theil der Forderung und zwar in Terminsraten zu zahlen, so kann der Gläubiger gegen den G.Schuldner die ganze Forderung und auch sofort geltend machen: gegen den Bürgen aber nur nach dem Maße, der Höhe und der Fristbestimmung des Vergleichs und der dafür erfolgten Verbürgung.

5) **Die Anfechtung** erfolgt wie die Anfechtung des bürgerlichen Rechts durch Willenserklärung ohne Formvorschrift. Sie ist auch den zeitlichen Beschränkungen der Anfechtung des B.G.B. unterworfen, darf also nur ein Jahr nach Kenntniß vom Betruge und drei Jahr nach Vergleichsabschluß vorgenommen werden. B.G.B. § 124. Der Anfechtungsanspruch gegen den G.Schuldner ist, falls nicht schon ein vollstreckbarer Titel vorhanden war, im ordentlichen Prozeßverfahren geltend zu machen. Die Form ist die der eigentlichen Klage und zwar, da der Rechtsgrund der Forderung des Gläubigers an den G.Schuldner stets sein ursprünglicher (befreit von dem unwirksamen Erlasse) bleibt, aus dem ursprünglichen Klagerechte. Gegen den Einwand aus dem Z.V würde dann die Replik des (vom G.Schuldner oder von einem Dritten begangenen) Betruges zu erheben sein. Die Anfechtung besteht ihrem Wesen nach darin, daß der sonst dem Klageanspruche entgegenstehende Einwand beseitigt wird. Der Gläubiger kann jedoch auch die Entscheidung in Form einer Feststellungsklage (C.P.O. § 256) veranlassen, wenn deren Voraussetzungen vorliegen, vgl. **RG. 4,** 437; 5, 393. — Falls der G.Schuldner zahlen muß und zahlungsunfähig ist, kann nur ein neuer Konkurs beantragt werden, nicht eine Wiederaufnahme im Sinne des § 198.

6) **Abs.** 2 entspricht der C.P.O. § 582. Mot. 427. Die Anfechtung ist nicht zulässig, wenn der Anfechtende den Anfechtungsgrund schon während des Bestätigungsverfahrens kannte und also geltend machen konnte, und ebenso, wenn er durch eigenes Verschulden, d. h. durch Vernachlässigung der von einem Betheiligten in solcher Lage zu erwartenden Sorgfalt sich in Unkenntniß über die Vorgänge bei der Zustandebringung des Z.V. erhielt und deshalb den Grund nicht schon während des Bestätigungsverfahrens erfuhr und vorbringen konnte. Die Anfechtung ist dann ausgeschlossen. Das Verschulden des Vertreters des Gläubigers gilt als dessen eigenes Verschulden nach C.P.O. § 232 Abs. 2. Auch dann, wenn der Gläubiger den Betrug zeitig genug erfuhr, um ihn mit der Beschwerde geltend zu machen (§ 188 Nr. 1, § 189), ist eine spätere Anfechtungsklage ausgeschlossen, da die Beschwerdeinstanz einen Theil des Bestätigungsverfahrens bildet.

§ 197. (183.)

Die rechtskräftige Verurtheilung des Gemeinschuldners wegen betrüglichen Bankerutts hebt für alle Gläubiger den durch den Zwangsvergleich begründeten Erlaß auf, unbeschadet der ihnen durch den Vergleich gewährten Rechte.

Auf Antrag eines Gläubigers kann das Konkursgericht Sicherheitsmaßregeln gegen den Gemeinschuldner schon vor der rechtskräftigen Verurtheilung desselben anordnen.

E. I. 187. P. 202.

1. Wirkung für alle Gläubiger im Gegensatz zu § 196. | 2. Sicherungsmaßregeln.

1) **Die Wirkung einer rechtskräftigen Verurtheilung des G.Schuldners** wegen betrüglichen Bankerutts, die die Bestätigung des Vergleichs nach § 175, § 186 Nr. 2 unzulässig gemacht hätte, wenn sie damals schon erfolgt oder bekannt gewesen wäre, ist

Digitized by Google

„für alle Gläubiger" dieselbe, wie die des Betruges nach § 196 Abs. 1. Jeder K.Gläubiger hat, unabhängig vom gleichen Rechte der Anderen, ein entsprechendes Klagerecht hinsichtlich des Vergleichserlasses. Die Anm. 3, 4 zu § 196 sind auch für diesen Fall zutreffend. Der Unterschied der §§ 196, 197 in dem Ausdrucke der Wirkung: „Jeder Gläubiger kann anfechten" und die „Verurtheilung hebt auf" scheint für den Fall des § 197 eine noch größere Wirkung entsprechend dem Unterschiede der §§ 7, 29 bezeichnen zu sollen, als wenn nach § 197 die Wirkung eintreten solle, auch ohne daß der Gläubiger sich darauf beruft. Indeß da der Erlaß „für" die Gläubiger aufgehoben wird, so wird er nicht ohne ihren Willen beseitigt und die Wirkung erfolgt nur gegenüber jedem Einzelnen, sich auf § 197 berufenden Gläubiger, nicht Anderen gegenüber. Es besteht immerhin nur eine relative Unwirksamkeit, die von Amtswegen nicht geltend gemacht werden kann. Es bedarf für den Gläubiger, der nur ein Recht aus dem § 197 und nicht aus § 198 verfolgen will, ebenso, wie für § 196 einer Klage, falls nicht schon ein vollstreckbarer Schuldtitel vorliegt. Aber es bedarf im Falle des § 197 keiner Anfechtung; die Aufhebung des Vergleichs kann daher innerhalb der gewöhnlichen Verjährungszeit geltend gemacht werden. Die Glaubhaftmachung der Forderung genügt hier (abweichend von § 198) nicht; ebenso Seuffert § 57, 5 und Anm. 41; a. M. Petersen-Kleinfeller Anm. 1 und Jäger Anm. 2. In Betreff der §§ 196, 197 bestehen sonst die Unterschiede darin, daß im Falle der rechtskräftigen Verurtheilung wegen betrüglichen Bankerutts (§ 197) die Veranlassung des z.B. durch Betrug nicht nachgewiesen zu werden braucht, daß § 196 Abs. 2 für den § 197 fortfällt, und daß die Sicherung nach § 197 Abs. 2 veranlaßt werden kann. Abw. Oetker Konk. Fr. S. 76 ff.

2) Sicherheitsmaßregeln gemäß Abs. 2 im Falle einer Untersuchung wegen betrüglichen Bankerutts können, abweichend von § 106, auch ohne gleichzeitigen oder vorgängigen Antrag auf K.Eröffnung angeordnet werden. Auch eines Arrestgrundes bedarf es dafür nicht. Er liegt darin, daß das Untersuchungsverfahren mindestens in Aussicht ist, was vorausgesetzt ist. Daß schon das Hauptverfahren eröffnet ist, wird nicht erfordert; es genügt die Einleitung der Voruntersuchung oder daß diese durch Erhebung der Anklage, Str.P.O. § 168, in Aussicht steht. Petersen-Kleinfeller Anm. 3, Stieglitz Anm. II, Böldern-dorff zu II, Fitting § 50 Anm. 6. A.M. Hullmann Anm. 4. Das Erlassen der Anordnung ist indeß nur fakultativ („kann"), giebt also einen Rechtsanspruch nur in dem Sinne, daß das Ermessen des Gerichts richtig gehandhabt werden muß. Der Gläubiger, dessen Antrag Voraussetzung des Abs. 2 ist, muß ein vom Vergleiche getroffener Gläubiger sein, da in dieser Beziehung kein Unterschied vom Abs. 1 gemacht ist, nicht ein neuer Gläubiger im Sinne des § 200 Abs. 2, der erst *nach* einer Wiederaufnahme (§ 198) in Betracht kommt. Die Anordnungen können gemäß Abs. 2 auch nicht andere als beantragte Sicherungsmaßregeln betreffen; der Gläubiger ist nur interessirt und durch Abs. 3 nur legitimirt, für seine Ansprüche Sicherung zu beantragen, für alle Gläubiger nur, sofern sie zugleich für seine Ansprüche nöthig oder zweckmäßig ist. Da Abs. 1 jedem Gläubiger nur einen Individualanspruch für ihn giebt und Abs. 2 (abweichend von § 106) einen Antrag des Gläubigers fordert, also offenbar für seinen Individualanspruch dienen soll, so so würde es widersprechend sein, anzunehmen, daß, sobald nur ein Antrag eines Gläubigers vorliegt, es dem reinen Ermessen des Gerichts überlassen sei, ob es für alle Gläubiger Sicherung veranlassen will, während die andern Gläubiger vielleicht davon oder von § 197 keinen Gebrauch machen wollen. Nach beliebigem Ermessen des Gerichts würden Sicherheitsmaßregeln für alle Gläubiger nur in Folge eines Antrages auf K.Aufnahme nach § 198 in Gemäßheit der allgemeinen Vorschrift des § 106 veranlaßt werden können. Es ist eine unzulässige Auslegung, wenn unbeachtet bleibt, daß Abs. 2 unter Erfordern eines Antrags dem § 197 und nicht dem § 198 einverleibt ist. A.M. Oetker 1, §§ 197 ff.; Petersen-Kleinfeller Anm. 2. — Gegen Anordnungen gemäß Abs. 2 hat der G.Schuldner, gegen Ablehnung eines Antrags der Antragsteller die sofortige Beschwerde. — Erfolgt nach Erlaß der Maßregeln eine rechtskräftige Verurtheilung nicht, so kann die Beseitigung der Maßregeln veranlaßt werden; für das Verfahren sind C.P.O. §§ 927, 936 entsprechend

Digitized by Google

anwendbar. Dies ist gemäß § 72 (gegen Oetker 1, 200) nicht deshalb abzulehnen, weil das Gericht nach Ermessen zu handeln hat.

§ 198. (184.)

Im Falle der rechtskräftigen Verurtheilung wird, wenn genügende Masse vorhanden ist oder ein zur Deckung der im § 58 Nr. 1, 2 bezeichneten Massekosten ausreichender Geldbetrag vorgeschossen wird, das Konkursverfahren auf Antrag eines Konkursgläubigers wieder aufgenommen.

Die Wiederaufnahme erfolgt durch Beschluß des Gerichts. Auf den Zeitpunkt der Wiederaufnahme und die Bekanntmachung derselben finden die Vorschriften der §§ 108, 111—113 entsprechende Anwendung.

E. I. 188. P. 202. 206 K. K. O. N.

1. Wiederaufnahme.
2. Antragsberechtigung.
3. Form der Wiederaufnahme.

1) Im Falle der rechtskräftigen Verurtheilung des G.Schuldners wegen betrüglichen Bankerutts (wie aus § 197 zu ergänzen ist) muß auf Antrag eines K.Gläubigers die **Wiederaufnahme des K.Verfahrens** erfolgen, „wird aufgenommen". Sie ist nicht vom Ermessen des Gerichts abhängig, und es ist nicht nochmals die zeitige Zahlungsunfähigkeit des G.Schuldners zu untersuchen. Es erfolgt keine Wiederaufnahme von Amtswegen; der Antrag eines K.Gläubigers ist nöthig und auch dann wird eine genügende Masse oder die Zahlung eines deckenden Vorschusses (im Sinne des § 107), erfordert, ohne die aber im Gegensatz zu § 107 die Wiederaufnahme nicht erfolgen darf (§ 107: kann erfolgen). Das frühere K.Gericht bleibt zuständig. Die Wiederaufnahme des Verfahrens hat nicht die Bedeutung, daß die in Folge des Z.V. erfolgte Aufhebung als nicht geschehen zu behandeln wäre. Das ergiebt sich aus §§ 199, 200 und aus der angeordneten entsprechenden Anwendung des § 108. Die in der Zwischenzeit vorgenommenen Rechtshandlungen dürfen nicht als während des K.Verfahrens vorgenommen angesehen werden. Die K.Masse wird nicht durch die frühere K.Masse, sondern durch das Vermögen gebildet, das dem G.Schuldner zur Zeit der Wiederaufnahme gehört. Wohl aber ist das mit der Wiederaufnahme eröffnete Verfahren eine Fortsetzung des früheren, so daß das frühere als nicht beendet anzusehen ist, und in dem neuen eine Wiederholung nur insoweit stattfindet, als es durch die Unterbrechung geboten wird (§ 201). Sollte inzwischen ein neues K.Verfahren eröffnet sein, so müßte dieses als ein selbständiges aufhören und in dem wieder aufgenommenen Verfahren weiter verhandelt werden, da nicht über dieselbe Masse zwei K.Verfahren zulässig sind und das wieder aufgenommene Verfahren nur eine besonders geartete Fortsetzung des früheren ist und deshalb als das zeitlich frühere zu gelten hat. A.M. Jäger Anm. 5. Falls verschiedene Gerichte betheiligt sind, so ist die Kollision ebenfalls nach § 71 Abs. 2 und mit entsprechender Anwendung des § 36 Nr. 5 C.P.O. zu lösen. Den alten Gläubigern kann das Recht auf Wiederaufnahme nicht dadurch entzogen werden, daß ein neuer Konkurs eröffnet ist; auch nicht dann, wenn inzwischen der neue Konkurs schon wieder beendigt ist. Vgl. Petersen-Kleinfeller Anm. 2. A.M. Oetker 1, 192; Völderndorff 2, 634.

2) **Antragsberechtigt** ist nur ein alter K.Gläubiger, da es sich um die Aufnahme des alten Verfahrens handelt und die neuen Gläubiger nach § 200 Abs. 2 erst an dem Verfahren nach dessen Wiederaufnahme theilnehmen. A.M. Völderndorff zu c. Ueber den Antrag ist nach §§ 103, 105 (ohne nochmalige Feststellung der Zahlungsunfähigkeit) zu verhandeln. Der K.Gläubiger braucht seine K.Forderung für diesen Antrag nur glaubhaft zu machen; ob er sie im früheren Konkurse schon angemeldet hat, ist unerheblich, wie er auch ohne Rücksicht darauf vom Z.V. betroffen wird. Dagegen muß die rechtskräftige Verurtheilung des G.Schuldners nicht bloß glaubhaft gemacht, sondern nachgewiesen werden; das Gericht hat nach den Angaben des Antragstellers nöthigenfalls noch die erforderlichen

Digitized by Google

Ermittelungen einzustellen. Ebenso Seuffert § 57, 5 u. Anm. 41; a.M. Petersen-Kleinfeller Anm. 1, Jäger Anm. 2.

3) Abs. 2. **Die Formen und Wirkungen** der erneuerten K.Eröffnung entsprechen denen der früheren. Neben §§ 108, 111—113 ist auch § 106 entsprechend anwendbar, so daß allgemeine Sicherungsmaßregeln vorläufig getroffen werden können, wenn die Wiederaufnahme des Verfahrens nicht sofort beschlossen werden kann; vgl. Anm. 2 zu § 197. Wegen der Kosten vgl. Ger.Kost.Ges. § 8, § 58 Nr. 1, § 95 Abs. 1.

§ 199. (185.)

Für die Anfechtung von Rechtshandlungen, welche in der Zeit von der Aufhebung bis zur Wiederaufnahme des Konkursverfahrens vorgenommen sind, sowie für die in diesem Zeitraume entstandenen Aufrechnungsbefugnisse gilt, wenn nicht inzwischen eine Zahlungseinstellung erfolgt ist, als Tag der Zahlungseinstellung der Tag des ersten die Verurtheilung des Gemeinschuldners aussprechenden Urtheils.

E. I. 189. P. 207.

1. Rechtshandlungen und Aufrechnungsbefugnisse aus der Zwischenzeit.
2. Aeltere Rechtshandlungen und Aufrechnungsbefugnisse.

1) **Die Rechtshandlungen des G.Schuldners,** die er in der Zeit von der K.Aufhebung (vgl. §§ 190—192) **bis zur Wiederaufnahme** vorgenommen hat, werden auch durch diese nicht an sich rechtsungültig, sondern nur nach §§ 29—42 anfechtbar. Hierfür tritt der Zeitpunkt der Wiederaufnahme (§§ 198 Abs. 2) und der Antrag darauf an die Stelle der K.Eröffnung und des darauf gerichteten Antrags. Als Zahlungseinstellung gilt kraft Gesetzes der Tag des ersten verurtheilenden Erkenntnisses; es kann jedoch auch ein früherer Zeitpunkt einer nach der K.Aufhebung erfolgten Zahlungseinstellung behauptet und nachgewiesen werden. Vorb. 6 vor § 29. Dieselben Vorschriften gelten für die in derselben Zwischenzeit entstandenen Aufrechnungsbefugnisse (§ 55 Nr. 3, § 56).

2) Für **Rechtshandlungen und Aufrechnungsbefugnisse aus der Zeit des früheren K.Verfahrens** kommen die allgemeinen Vorschriften in der Art zur Anwendung, daß der Antrag auf Wiederaufnahme und der Wiederaufnahmebeschluß dem Antrage auf K.Eröffnung und dem Eröffnungsbeschlusse gleich stehen. Für Rechtshandlungen und Aufrechnungsbefugnisse aus der Zeit vor dem früheren K.Verfahren behält dieses seine Bedeutung, weil das neue Verfahren Fortsetzung des alten ist.

§ 200. (186.)

An dem aufgenommenen Verfahren nehmen die Gläubiger, für und gegen welche der Vergleich wirksam war, mit dem noch nicht getilgten Betrage ihrer ursprünglichen Forderungen Theil.

Die neuen Gläubiger des Gemeinschuldners sind zur Theilnahme an dem Verfahren berechtigt. Dieselben haben keinen Anspruch auf Befriedigung aus einer für die Erfüllung des Zwangsvergleichs bestellten Sicherheit.

E. I. 190. P. 208. 208.

I. Alte Gläubiger.
1. K.Gläubiger.
2. Masse- und Vorrechtsgläubiger.
3. Sicherheit für den Zw.Vergleich.
4. II. Neue Gläubiger.

I. Alte Gläubiger.

1) **Die K.Gläubiger** des früheren Konkurses sind in dem aufgenommenen Konkurse in Verfolg des in den §§ 196, 197 geltend gemachten Grundsatzes K.Gläubiger für den vollen Betrag ihrer ursprünglichen Forderungen, soweit er inzwischen nicht getilgt ist (§ 201 Abs. 2). Die alten Gläubiger können in Verfolg der §§ 198, 108 die bis zur Wiederaufnahme erwachsenen Zinsen und Kosten als neue Gläubiger geltend machen. Sie

Digitized by Google

brauchen erhaltene Zahlungen nicht zurückzugewähren. Sie sind, auch wenn sie damit die vollen Vergleichsbeträge erhalten haben, dadurch nicht befriedigt, entsprechend dem § 197 Abs. 1, und haben das Erhaltene nur als Abschlagszahlungen auf die vollen ursprünglichen Forderungsbeträge zu berechnen, soweit diese in dem früheren Konkurse geltend gemacht werden konnten.

2) Die **Massegläubiger** des früheren Konkurses können zur Erfüllung der ihnen nach § 191 zustehenden Rechte auch in dem wieder aufgenommenen Verfahren ihre Befriedigung aus der Masse vorweg fordern. Die **bevorrechtigten Gläubiger** behalten ihre Vorrechte ebenfalls in dem wieder aufgenommenen Verfahren, soweit sie noch nicht befriedigt sind. Ist ihnen nach § 191 Abs. 2 Sicherheit geleistet, so sind sie in Betreff der hierzu dienenden Massegegenstände Absonderungsberechtigte. Vgl. Abs. 2 Satz 2.

3) **Sofern den Vergleichsgläubigern** außerhalb des Vermögens des G.Schuldners durch Bürgschaft oder Mithaftung Anderer **Sicherheit geleistet ist**, wird dies Verhältniß durch den aufgenommenen Konkurs nicht berührt. Der § 68 ist anwendbar. Falls den Vergleichsgläubigern mit Vermögensgegenständen des G.Schuldners Sicherheit bestellt war, haben sie die Rechte aller Absonderungsberechtigten nach §§ 43 ff. und E.G. §§ 14—17, namentlich auch den neuen Gläubigern gegenüber.

4) II. **Neue Gläubiger** im Sinne des Abs. 2 sind alle, die nach der Eröffnung des früheren Konkurses (vgl. § 3), das heißt während dessen Dauer oder nach dessen Aufhebung bis zur Wiederaufnahme gemäß § 198 Abs. 2, § 108 Gläubiger des G.Schuldners im Sinne des § 3 geworden sind. Die Bestimmung, daß sie keinen Anspruch auf Befriedigung aus einer für den Zwangsvergleich bestellten Sicherheit haben, ist dahin zu verstehen, daß ihnen diese Sicherheit nicht haftet, sofern sie mit fremdem, dem G.Schuldner nicht gehörigem Vermögen bestellt ist. Dient Vermögen des G.Schuldners, das nicht etwa konkursfrei ist (§ 1), als Sicherheit, so haben daran die alten Gläubiger lediglich ein Absonderungsrecht; soweit nach deren Befriedigung etwas übrig bleibt, fällt der Gegenstand in die neue K.Masse.

§ 201. (187.)

Das Verfahren ist so weit als nöthig zu wiederholen.

Früher geprüfte Forderungen werden nur hinsichtlich einer inzwischen eingetretenen Tilgung von neuem geprüft.

E. I. 191. P. 206.

1. Neues Verfahren. | 2. Bes. Prüfungsverfahren.

1) **Abs. 1** enthält den Grundsatz für **das Verfahren nach der Wiederaufnahme**; es ist nur **„soweit als nöthig" zu wiederholen.** In Betreff der Organe der Verwaltung und der Gläubiger richtet es sich nach den zur Zeit der Wiederaufnahme obwaltenden Verhältnissen, ob und wieweit eine Wiederholung des Verfahrens nöthig wird. Der frühere Verwalter, der bisherige Gläubigerausschuß treten wieder in Kraft, soweit sie zu haben sind und für das wieder aufgenommene Verfahren sachgemäß thätig sein können; es bedarf dann keiner neuen Ernennung oder Wahl eines Verwalters und keines neuen Gl. Ausschusses. Dem K.Gericht ist andererseits auch nicht untersagt, je nachdem es dies „nöthig" findet, gemäß § 87 Abs. 1 einen provisorischen Gl.Ausschuß zu bestellen, zumal wenn der frühere nach Todesfällen, Wechsel des Wohnsitzes u. s. w. nicht mehr thätig sein kann. — Stets nöthig sind von Neuem der Erlaß des offenen Arrestes, die Bestimmung der Anmeldefrist und des allgemeinen Prüfungstermins, weil diese Anordnungen neue richterliche Zeitbestimmungen erfordern. Die Vorschriften der §§ 117—137 über die Theilungsmasse und der §§ 149—172 über das Theilungsverfahren werden wieder anwendbar; das Inventar ist zu berichtigen und zu vervollständigen; der Offenbarungseid kann von Neuem verlangt werden. Hinsichtlich der Anmeldung und Prüfung vgl. Anm. 2. Der Konkurs kann nur durch Schlußvertheilung und Einstellung beendigt werden, ein Zw.Vergleich kann nach § 175 nicht wieder geschlossen werden.

Digitized by Google

2) Dem Grundsatze des Abs. 1 entsprechend ist zwar für die neuen Gläubiger das gesammte **Anmeldungs- und Prüfungsverfahren** zu wiederholen. Dagegen bedarf es nach demselben Grundsatze des Abs. 1, von dessen Regel Abs. 2 nur eine Anwendung ist, nicht einer nochmaligen Anmeldung der früher bereits angemeldeten Forderungen. Ob dieselbe Tabelle beizubehalten und durch Nachtragung der neuen Anmeldungen fortzuführen ist, oder ob eine neue Tabelle anzulegen ist, in die die früheren Anmeldungen zunächst zu übertragen sind, ist eine Zweckmäßigkeitsfrage.

Die Prüfung muß für alle K.Forderungen erfolgen; die neu angemeldeten und die während des früheren Konkurses angemeldeten, aber noch nicht geprüften sind vollständig nach §§ 141—146 zu prüfen. In Betreff der früher geprüften Forderung ist eine Wiederholung der Prüfung darüber, ob und von wem (Verwalter, Gläubiger, G.Schuldner) die Forderung bestritten wird, nach Abs. 1 nicht nöthig und nach Abs. 2 nicht zulässig. Abs. 2 hat die Bedeutung, daß das Ergebniß der früheren Prüfung (Feststellung und Bestreitung) auch für den aufgenommenen Konkurs maßgebend bleibt, und daß die Forderungen nur noch insoweit vom Verwalter, von jedem K.Gläubiger und (wegen § 164) vom G.Schuldner bestritten werden können, als behauptet wird, sie seien inzwischen getilgt. Für die Verfolgung der Feststellung der bestrittenen Posten bleibt § 146 maßgebend. Soweit eine Forderung früher festgestellt war, und jetzt eine (gänzlich oder theilweise erfolgte) Tilgung behauptet wird, hat in Folge der urtheilsmäßigen Wirkung der Feststellung (§§ 145 Abs. 2, 147, 194) der Widersprechende nach § 146 Abs. 6 seinen Widerspruch zu verfolgen. Gemäß den allgemeinen Grundsätzen hat der Widersprechende die Beweislast für die von ihm behauptete Tilgung. Der Widerspruch ist in Gemäßheit des § 767 C.P.O. durch Klage geltend zu machen, wenn er nicht als begründet anerkannt wird, vgl. **RG. 21, 331**; Anm. 5 § 145; Anm. 3 § 152; Oetker Konk. Fr. S. 85 ff. Eine Klage nach C.P.O. § 256 würde (gegen Endemann S. 613) sachwidrig und unzulässig sein; es handelt sich bei dem Widerspruche wegen behaupteter Tilgung um die für den Konkurs wirkende Beseitigung des Konkurstheilnahmerechts.

Siebenter Titel.
Einstellung des Verfahrens.

1) Zu den beiden „ordentlichen" Arten der Erledigung eines K.Verfahrens durch Vertheilung oder Zwangsvergleich, an die sich die „Aufhebung" des Verfahrens anschließt, sind noch als außerordentliche die Fälle der „Einstellung" wegen allgemeiner Einwilligung der vorhandenen Gläubiger (§§ 202, 203) und wegen ungenügender Masse (§ 204) gesellt. Für beide Fälle enthalten die § 205, 206 allgemeine Vorschriften.

2) Die K.O. hat den Einfluß sowohl der K.Eröffnung als auch der K.Aufhebung auf die bürgerlichen, politischen und Ehrenrechte nicht in den Bereich ihrer besonderen Bestimmungen gezogen. Durch § 25 sind die besonderen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts über die Wirkung der K.Eröffnung in dieser Beziehung aufrecht erhalten. Vgl. Anm. 1 § 25. Reichsgesetzlich soll nach B.G.B. § 1781 der G.Schuldner während des Konkurses nicht zum Vormund oder Pfleger bestellt werden, und muß er nach § 1886, wenn er ein solches Amt bei der K.Eröffnung bekleidet, daraus entlassen werden. Ferner sind G.Schuldner durch das Wahlgesetz zum Reichstage vom 31. März 1869 § 3, Nr. 2, § 4 vom Wählen und von der Wählbarkeit für den Reichstag, durch die Gewerbeordn. v. 1. Juli 1883 §§ 83, 86 (fakultativ) vom Eintritt in eine Innung und von der Ausübung des Stimmrechts und der Ehrenrechte darin, durch G.V.G. § 32 Nr. 3, § 85 u. Ges. v. 27. Juli 1877 betr. Seeunfälle, als „Personen, welche in Folge gerichtlicher Anordnung in der Verfügung über ihr Vermögen beschränkt sind", vom Amte der Schöffen und Geschworenen, sowie vom Amte des Beisitzers eines Seeamts, und durch G.V.G. § 113 Abs. 2 von der Ernennung zu Handelsrichtern ausgeschlossen; ferner durch die Rechtsanw.Ordn. v. 1. Juli 1878 § 5 Nr. 3, § 22, § 43 Nr. 1 von der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft und

Digitized by Google

der Wählbarkeit zum Vorstandsmitgliede einer Anwaltskammer unter fakultativer Befugniß der Landsjustizverwaltung, eine bereits früher erfolgte Zulassung zurückzunehmen; desgleichen von der Wählbarkeit zu Vorstandsmitgliedern der Berufsgenossenschaften, Vertrauensmännern, Arbeiter-Vertretern, Schiedsrichtern nach den Unfallversich.Gesetzen, vgl. Ges. v. 6. Juli 1884 §§ 24, 42, 47: Ges. v. 5. Mai 1886, 11. u. 13. Juli 1887; ferner von der Wählbarkeit als Ausschußmitglied einer Alters- und Invalid.Versich.Anstalt, und als Beisitzer des Schiedgerichts einer solchen, Ges. v. 22. Juni 1889 §§ 50, 71 Abs. 3. Diese Beschränkungen erreichen mit der Aufhebung des Konkurses ihr Ende. Landesgesetzlich ist vielfach den G.Schuldnern das Recht, zu Vertretungen für Gemeinden, Kreise u. s. w. gewählt zu werden oder zu wählen, das Bürgerrecht, die Funktion als Mitglieder von Handelskammern, als Makler, Verwalter, Vertreter vor Handelsgerichten, der Besuch der Börse u. s. w. entzogen. Die Regulirung dieser Verhältnisse bleibt den Landesgesetzgebungen überlassen. Für Preußen vgl. Kreisordn. v. 13. Dezbr. 1872 §§ 34, 96 Abs. 2, 98, 106, 131; Provinz.O. v. 29. Juni 1875 §§ 18, 19, 47 Abs. 4, 62 Abs. 2, 67; Hohenzoll. Amts- und Landesordn. v. 2. April 1873 §§ 18, 41, 59; Kirchengemeinde-Ordn. der 6 östl. Prov. vom 10. Sept. 1873 § 34 Nr. 2, § 35; Ges. v. 20. Juni 1875 über Verm.Verwalt. in kathol. Kirchengem. § 26 Nr. 2, § 27; Evang. Kirch.Gem.O. f. Schleswig-Holst. v. 4. Nov. 1876 § 9 Nr. 4, § 10, § 23 Abs. 2; Kirch.Gem.O. f. d. Konsist. zu Wiesbaden v. 4. Juli 1877 § 35 Nr. 3; Schiedsmannsordn. v. 29. März 1878 § 1; ferner die verschiedenen Städte- und Gemeinde-Ordnungen: Städte-Ordn. f. d. östl. Prov. v. 30. Mai 1853 Nr. 7 Abs. 5; Gem.Verf. f. Frankfurt a. M. v. 25. März 1867 § 19 Nr. 3; Städte-Verf. i. Schleswig-Holstein vom 14. April 1869 § 12 Nr. 2; Städte-Ordn. f. Westfalen v. 19. März 1856 § 7 Abs. 2; f. Rheinprovinz v. 15. Mai 1856 § 7 Abs. 3; Landg.O. f. Westfalen v. 19. März 1856 § 22 Nr. 4; f. Rheinprovinz v. 15. Mai 1856 Art. 12; f. die sieben östlichen Provinzen v. 3. Juli 1891 § 44 Z. 2; Gem.Ordn. v. Kurhessen v. 23. Oktober 1834 §§ 26, 27 Abs. 3; Gem.O. f. Hohenz.-Hechingen v. 19. Oktober 1833 §§ 29, 45, 65; Kommunalständ. Verf. im Reg.Bez. Kassel v. 20. Sept. 1867 § 11; Nassau Verordn. v. 26. Juli 1854 §§ 6, 9 verb. m. Wahlges. v. 12. Aug. 1854 § 2; Großh. Hessen Ges. v. 8. Jan. 1852 Art. 11, 17 verb. mit Verf.Urk. v. 17. Dezbr. 1820 Art. 16 Nr. 2. Im preuß. Ausf.Ges. v. 6. März 1879 §§ 51—53 ist bestimmt:

„§ 51. Die gesetzlichen Bestimmungen, nach welchen die Zahlungsunfähigkeit oder die Zahlungseinstellung eine Beschränkung des G.Schuldners in der Ausübung eines auf das Vermögen sich nicht beziehenden Rechts zur Folge hat, werden dahin abgeändert, daß die Beschränkung nur im Falle der Eröffnung des Konkursverfahrens eintritt."

„§ 52. Die Beschränkungen, welche nach gesetzlichen Bestimmungen das K.Verfahren oder das bisherige Fallimentsverfahren für den G.Schuldner in der Ausübung eines auf das Vermögen sich nicht beziehenden Rechts zur Folge hat, fallen mit der Beendigung des Verfahrens weg."

„§ 53. Die Vorschriften der §§ 51, 52 finden auf die Fälle, in welchen die Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung oder die Eröffnung des Konkurs- oder Fallimentsverfahrens vor dem Tage des Inkrafttretens dieses Gesetzes stattgefunden hat, mit der Maßgabe Anwendung, daß, wenn das Konkurs- oder Fallimentsverfahren vor dem Tage des Inkrafttretens dieses Gesetzes nicht eröffnet oder beendigt ist, die Beschränkungen mit diesem Tage wegfallen."

Während hiernach für die gesetzlichen Beschränkungen in Uebereinstimmung mit den obigen gesetzlichen Bestimmungen Anfang und Ende mit dem Konkursverfahren selbst zusammenfallen, können die ähnlichen Beschränkungen, welche in staatlich genehmigten Statuten angeordnet sind, noch nach der Konkursbeendigung fortdauern. — Für Elsaß-Lothringen vgl. § 31 Ausf.Ges. v. 8. Juli 1879 und Anm. 13 dazu in der v. Möller'schen Samml. D S. 99. — Ein Rehabilitationsverfahren, im E. 1 § 204 in Aussicht genommen, ist in der K.O. absichtlich nicht aufgenommen, vgl. Makower Revision d. K.O. S. 9 ff.

Digitized by Google

§ 202. (188.)

Das Konkursverfahren ist auf Antrag des Gemeinschuldners einzustellen, wenn er nach dem Ablaufe der Anmeldefrist die Zustimmung aller Konkursgläubiger, welche Forderungen angemeldet haben, beibringt. Inwieweit es der Zustimmung oder der Sicherstellung von Gläubigern bedarf, deren Forderungen angemeldet, aber nicht festgestellt sind, entscheidet das Konkursgericht nach freiem Ermessen.

Das Verfahren kann auf Antrag des Gemeinschuldners vor dem Ablaufe der Anmeldefrist eingestellt werden, wenn außer den Gläubigern, deren Zustimmung der Gemeinschuldner beibringt, andere Gläubiger nicht bekannt sind.

E. I. 192. P. 210.

Voraussetzung der Einstellung wegen Konkursverzichtes.
1. Antrag des G.Schuldners.
2. Zustimmung der Gläubiger.
3. Die Gläubiger.
4. Einstellung nach Ablauf der Anmeldefrist.
5. Einstellung vor Ablauf der Anmeldefrist.
6. Recht des G.Schuldners auf Einstellung.
7. Zulassung des Antrages.

Voraussetzung der Einstellung wegen Konkursverzichtes ist:

1) Ein **Antrag des G.Schuldners**, dessen Sache es ist, die Zustimmung der Gläubiger zu beschaffen. Ein Antrag des K.Verwalters oder der Gläubiger genügt nicht.

2) **Der Konkursverzicht**, das heißt **die Zustimmung der vorhandenen Gläubiger.** Eine besondere Form und eine Beglaubigung der Zustimmungserklärungen sind nicht vorgeschrieben. Mot. 437. Das Erforderniß einer Zustimmung „in beglaubigter Form" im E. I. § 192 ist von der Vork. gestrichen. Dies hat jedoch nicht die Bedeutung, daß das Gericht jede produzirte Schrift als authentisch annehmen müsse; es kann sie als genügend ansehen, aber auch die Echtheit prüfen und bemängeln. Entscheidend ist die richterliche Ueberzeugung, C.P.O. § 286.

Die Erklärung selbst muß unbedingt die Zustimmung zur Einstellung des Verfahrens aussprechen. Sie ist eine Willenserklärung, durch die der Erklärende darauf verzichtet, daß zur Zeit ein K.Verfahren gegen den G.Schuldner bestehen soll. Vgl. Kohler S. 505. Die Hinzufügung eines Grundes, weil der Gläubiger gestundet habe, anderweit gesichert sei u. s. w., ist nicht nöthig. Die Erklärung eines Gläubigers, daß er befriedigt sei, ist in Wahrheit ein Beweismittel dafür, daß er nicht mehr Gläubiger ist, und erübrigt deshalb seine Zustimmung. Er ist nicht mehr berechtigt und befähigt, eine Zustimmung zu geben, nachdem er in Folge der Befriedigung kein Interesse mehr hat. Der praktische Erfolg ist natürlich derselbe, falls die Zustimmungen der übrigen noch wirklichen Gläubiger beigebracht werden; ebenso wenn sämmtliche G.Gläubiger, deren Zustimmung nach § 202 nöthig ist, befriedigt sind.

3) **Die Gläubiger,** deren Zustimmung beigebracht werden muß, sind zunächst, da es sich um die Beendigung des Konkursverfahrens handelt, nur die Gläubiger, deren Forderungen im Konkurse verfolgt werden können, also ausschließlich der im § 63 bezeichneten Forderungen. „Im Prinzipe nimmt sodann der Entw. (§ 188) an, daß die Einstellung zu jeder Zeit erfolgen, daß aber die Einwilligung aller vorhandenen K.Gläubiger dazu erbracht sein müsse." Mot. 436. In Betreff des Kreises der vorhandenen Gläubiger wird indeß für die Anwendung des Prinzips unterschieden, ob die „Einstellung" nach oder vor dem Ablaufe der Anmeldefrist erfolgen soll. Die Einstellung vor Ablauf der Anmeldefrist ist von weitergehenden Voraussetzungen abhängig gemacht. Maßgebend ist dabei, wann die Einstellung erfolgt, nicht wann der Antrag gestellt ist. Abs. 1 ist daher in allen Fällen anwendbar, wenn nicht schon vor dem Ablaufe der Anmeldefrist das Verfahren gemäß Abs. 2 eingestellt worden ist; also auch dann, wenn der Antrag des G.Schuldners zwar schon vorher gestellt, indeß die Anmeldefrist inzwischen abgelaufen war, ehe die Einstellung erfolgte. Dies geht aus Abs. 2 hervor. Stieglitz

Digitized by Google

Anm. II 2; Fitting 3. Aufl. § 51 Anm. 19. In jedem späteren Zeitpunkte kann die Einstellung auf Grund des § 202 Abs. 1 erfolgen.

4) Soll die **Einstellung nach dem Ablaufe der Anmeldefrist** erfolgen, so ist die Zustimmung für alle angemeldeten K.Forderungen nöthig (Satz 1) und zwar für alle, die bis zum Ablaufe der Widerspruchsfrist des § 203 angemeldet sind, § 203 Abs. 1, mit der Maßgabe, daß entscheidend nur die Zustimmung für diejenigen Forderungen ist, die durch Feststellung oder sonst nach dem Ermessen des Gerichts als K.Forderungen sich ausgewiesen haben. Unbedingt ist die Zustimmung für alle festgestellten Forderungen nöthig; sie sind in Folge der Feststellung jedenfalls als vorhandene Gläubiger zu berücksichtigen. Die Nichtzustimmung eines festgestellten Gläubigers macht die Einstellung unmöglich, ist auch durch Sicherung nicht zu ersetzen, und nur durch Befriedigung zu beseitigen, arg. e contr. aus Satz 2. Hinsichtlich der nicht festgestellten angemeldeten Forderungen hat das Gericht zufolge seiner Amtspflicht die Voraussetzungen zu prüfen, zu ermessen, ob sie als K.Forderung nach §§ 3, 63 anzusehen und der Gläubiger als anmeldender K.Gläubiger (Satz 1) anzusehen, also seine Zustimmung nöthig ist. A.M. Oetker 1, 400. Dagegen bedeutet Satz 2 nicht, daß das Gericht (abweichend vom Satze 1 und im Widerspruch mit dem Prinzip Anm. 1 sowie mit dem Rechte des K.Gläubigers auf K.Eröffnung, §§ 105 ff., und also auch Durchführung des Verfahrens) nach seinem Ermessen, obwohl es die K.Forderung als bestehend annimmt, die Zustimmung oder Sicherung unnöthig finden und die Forderung unberücksichtigt lassen dürfe; das Gericht hat dann nur noch das Ermessen, ob es unbedingt Zustimmung verlangen oder Sicherung genügen lassen will.

5) **Vor dem Ablaufe der Anmeldefrist kann die Einstellung erfolgen,** wenn die Zustimmung aller bekannten Gläubiger beigebracht wird, Abs. 2. Entscheidend ist, welche Gläubiger zur Zeit des Einstellungsbeschlusses dem Gerichte bekannt sind. Dazu gehört, was vom Gericht unter Berücksichtigung des Gl.Verzeichnisses (§ 104), der Bücher und Schriften des G.Schuldners, der Anmeldungen und der nach § 203 vor dem Beschlusse nothwendigen Verhandlung festgestellt wird. Es kommt dabei nicht darauf an, ob eine Forderung anerkannt oder bestritten ist; bekannt ist sie jedenfalls, wenn sie angemeldet ist. Mot. 436. Die Zustimmung der Gläubiger kann in diesem Falle nicht durch eine vom Gericht angeordnete Sicherstellung ersetzt werden. Der Absatz 2 ändert die Voraussetzung des Absatz 1 und sein Wortlaut läßt für eine andere Auffassung keinen Raum. Ebenso Jäger Anm. 6; abw. Seuffert S. 458, Fitting 3. Aufl. § 51 Anm. 13.

6) In jedem Falle **hat der G.Schuldner,** sofern er die Zustimmung der vorstehend bezeichneten Gläubiger beibringt, **ein Recht, die Einstellung des Verfahrens zu verlangen.** Für den Fall des Abs. 1 ist dies deutlich gesagt: das K.Verfahren ist „einzustellen". Auch für den Fall des Abs. 2 soll der Ausdruck: „kann eingestellt werden" nach den in den Mot. des Entw. I, 2, 180, sowie in den Mot. S. 436 aufgestellten Prinzipien nur die Bedeutung haben, daß es dem Ermessen des Gerichts überlassen bleibt, ob es den Kreis der bekannten Gläubiger als abgeschlossen annehmen oder in dieser Beziehung die Einstellung zur Zeit noch als ungenügend begründet ablehnen will, nicht aber, daß es der Erwägung des Gerichts unterliegen solle, ob die Einstellung das gemeinsame Interesse der K.Gläubiger gefährde, was der grundsätzlichen Fernhaltung des K.Gerichts von der Prüfung der Interessen, die besonderen Ausnahmen der §§ 99, 135, 188 abgerechnet, widerspräche. Hullmann Anm. 4, Völderndorff zu h. Willenbücher S. 225 Nr. 7. A.M. Endemann S. 616; Fitting § 51, I. 4; Petersen-Kleinfeller Anm. 9; Sarwey-Bossart Anm. 4 Nr. 3 zu § 203.

7) **Das Gericht hat in jedem der Fälle des § 202 zunächst die Unterlagen des Antrages zu prüfen** und einen, den Voraussetzungen des § 202 nicht entsprechenden Antrag des G.Schuldners von Amtswegen (vorbehaltlich der Beschwerde des G.Schuldners) zurückzuweisen. Endemann S. 616; Fitting 3. Aufl. § 51 Anm. 11; Sarwey-Bossert Anm. 3a zu § 203; Völderndorff zu h; a.M. Stieglitz Note b zu § 189. Es wird aber der Bedeutung des im § 203 vorgeschriebenen Verfahrens nicht entsprochen, wenn insoweit, als das Er-

Digitized by Google

messen des Gerichts zu entscheiden hat, die Einleitung des Verfahrens abgelehnt werden sollte. **Eine besondere Zulassung des Antrages erfolgt nicht mehr**; sie liegt in der Einleitung des weiteren Verfahrens nach § 203. Wegen der abweichenden ferneren Zeitvoraussetzung für die Einstellung im Konkurse einer eingetragenen Genossenschaft vgl. Ges. v. 1. Mai 1889, 20. Mai 1898 § 116.

§ 203. (189.)

Der Antrag ist öffentlich bekannt zu machen und mit den zustimmenden Erklärungen auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Konkursgläubiger niederzulegen. Die Konkursgläubiger können binnen einer mit der öffentlichen Bekanntmachung beginnenden Frist von einer Woche Widerspruch gegen den Antrag erheben. Im Falle des § 188 Abs. 1 steht der Widerspruch jedem Gläubiger zu, welcher bis zum Ablaufe der Frist eine Forderung angemeldet hat.

Das Gericht beschließt über die Einstellung nach Anhörung des Gemeinschuldners und des Verwalters. Im Falle eines Widerspruchs ist auch der widersprechende Gläubiger zu hören.

E. I. 193—195. P. 210.

1. Bekanntmachung und Widerspruchsfrist.
2. Widerspruchsberechtigte.
3. Wirkung des Widerspruchs.
4. Verfahren nach der Bekanntmachung.
5. Beschluß.
6. Wirkung der Einstellung.

1) Verfügung auf den für zulässig erachteten Einstellungsantrag: **Bekanntmachung**. Ueber die Zulässigkeit der Zurückweisung des Antrags ohne Bekanntmachung vgl. Anm. 7 § 202. Die Einstellung darf keinesfalls angeordnet werden, bevor die Bekanntmachung erfolgt und dadurch den Gläubigern Gelegenheit gegeben ist, sich zu erklären, zu widersprechen und gehört zu werden. Dies erhellt aus Abs. 2 Satz 2. Erst nach Ablauf der **Widerspruchsfrist** (die gleich der Frist des § 152 nach § 76 Abs. 1 und C.P.O. § 222 zu berechnen und nach C.P.O. § 224 Abs. 2 als gesetzliche Frist nicht zu verlängern ist), darf über die Einstellung beschlossen werden.

2) **Berechtigt zum Widerspruche** gegen die Einstellung ist jeder K.Gläubiger, dessen Zustimmung nöthig wäre, um den Einstellungserfordernissen des § 202 verb. mit § 203 Abs. 1 zu genügen. Der natürlichste Grund zum Widerspruche besteht darin, daß der widersprechende Gläubiger selbst der Einstellung nicht zustimmt, obgleich seine Zustimmung nöthig ist. Zulässig ist dabei ein Widerruf der eigenen, früher ertheilten Zustimmung, sofern diese in Folge von Irrthum oder aus sonstigen Gründen als rechtsunverbindlich angefochten werden konnte und rechtzeitig angefochten ist; in der Amtspflicht des Gerichts, die Willenserklärung dahin zu prüfen, ob sie eine Zustimmung enthält, liegt die Pflicht zur Prüfung, ob sie rechtsverbindlich ist, und sie nicht als Zustimmung zu berücksichtigen, wenn ihm die Rechtsunwirksamkeit nachgewiesen ist. Ebenso zulässig ist das Bestreiten der Echtheit einer angeblich vom Widersprechenden herrührenden Zustimmungserklärung. Zulässig ist auch das Berufen auf die fehlende Zustimmung anderer Gläubiger; dem Einwande: dies sei exc. de jure tertii und der Gegner dürfe nur aus eigenem Rechte widersprechen, steht die Pflicht richterlicher Offizialprüfung entgegen, die bei Aufhebung wie bei Eröffnung des Konkurses im Interesse abwesender und unbekannter Gläubiger dem K.Gerichte gegeben ist. A.M. Oetker I, 401; Völderndorff zu f. Zur Entscheidung darüber, ob die gesetzlichen Voraussetzungen der Einstellung vorliegen, hat das K.Gericht die Sachlage von Amtswegen zu prüfen. Insofern ist auch die Frist nicht in dem Sinne ausschließend, daß nicht noch später ein Gläubiger Mängel in den nöthigen Zustimmungen anregen kann.

3) **Wirkung des Widerspruchs.** Das im Abs. 1 ausgedrückte Recht, Widerspruch zu erheben, hat sachgemäß nicht schon die Folge, daß die bloße Thatsache des Widerspruchs zur Beseitigung des Antrags genügte. Der Satz 3 Abs. 1 hat vielmehr die Bedeutung,

Digitized by Google

den Kreis derjenigen Anmeldenden, deren Zustimmung nöthig ist, durch eine hierfür präklusivische Frist abzuschließen und die Bestimmung des § 202 Abs. 1 hierfür zu ergänzen. Das Gericht hat immer, auch nach Widerspruch von Gläubigern, zu prüfen, ob nicht die erforderlichen Zustimmungen ertheilt sind, oder für nicht festgestellte Forderungen durch Sicherstellung erübrigt werden. Das Widerspruchsrecht des Gläubigers (auch wegen der Frage der Sicherung selbst, sowie wegen Nichtzustimmung Anderer) wird durch die frühere Gerichtsentscheidung, daß die Zustimmung durch Sicherheit ersetzt sei, nicht beseitigt. Stieglitz Anm. III Nr. 1 zu § 202.

4) Abs. 2. **Verfahren nach der Bekanntmachung.** Für die Form des Widerspruchs gelten die allgemeinen Bestimmungen des amtsgerichtlichen K.Verfahrens; schriftliche Einreichung beim Gerichte oder Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers, C.P.O. §§ 501, 496. Für das „Anhören" des G.Schuldners, des Verwalters und der widersprechenden Gläubiger vgl. Anm. 2 § 73. Der G.Schuldner ist, falls sich eine Forderung ergiebt, für die noch nicht zugestimmt ist, sachgemäß darüber zu hören, ob er in bestimmter Frist die Zustimmung beibringen will. Für die Zulässigkeit gerichtlicher Ermittelungen nach § 75, die Betheiligung eines Gl.Ausschusses (§§ 80 Abs. 1, 100), die Zulässigkeit vorgängigen Erforderns des Offenbarungseides gelten die allgemeinen Grundsätze.

5) **Der Beschluß ist,** da alle K.Gläubiger davon betroffen werden, nach § 205 öffentlich bekannt zu machen und ist dadurch nach § 76 dem G.Schuldner und allen K.Gläubigern als möglichen Beschwerdeführern zugestellt. Gegen den Beschluß, der die Einstellung versagt, hat der G.Schuldner die sofortige **Beschwerde,** § 73; gegen den Beschluß der Einstellung steht jedem widerspruchsberechtigten Gläubiger die Beschwerde zu. Auch soweit ein früher anscheinend Zustimmender wegen Unverbindlichkeit oder Unrichtigkeit seiner Erklärung widersprechen kann, kann er auch mit der Beschwerde seinen Widerspruch erklären. Die Beschwerde kann sich allgemein auf neue Thatsachen und Beweise stützen, C.P.O. § 570. Demnach kann ein Nicht-Zustimmender auch mit der Beschwerde erst die Versagung seiner Zustimmung erklären, entsprechend der gleichen Zulässigkeit der Beschwerde gegen die Bestätigung eines Z.V. Stieglitz S. 675. A.M. Petersen-Kleinfeller Anm. 10. Der Verwalter ist nur gutachtlich zu hören und hat hier keine Parteirolle, also weder für noch gegen die Einstellung ein Beschwerderecht. Stieglitz Anm. II, Fitting 3. Aufl. § 51 Anm. 29. A.M. Völderndorff zu a III zu § 191, Endemann S. 620. — Der Beschwerderichter hat hinsichtlich der Fragen, welche Gläubiger nach § 202 Abs. 1 Satz 2 oder Abs. 2 zu berücksichtigen sind, dasselbe Ermessen, wie der Richter erster Instanz, vgl. Anm. 2 zu § 202.

6) **Durch die Einstellung ist das Verfahren endgültig erledigt;** eine Wiederaufnahme ist vom Gesetze nicht zugelassen. Die Aufhebung des Verfahrens steht indeß einem Antrage auf neue K.Eröffnung nicht entgegen, und bedeutet nur, daß das zur Zeit eröffnete K.Verfahren beseitigt ist. **RG.** 10. Nov. 1885, J.W. 1886 S. 55.

§ 204. (190.)

Das Gericht kann das Konkursverfahren einstellen, sobald sich ergiebt, daß eine den Kosten des Verfahrens entsprechende Konkursmasse nicht vorhanden ist. Die Einstellung unterbleibt, wenn ein zur Deckung der im § 58 Nr. 1, 2 bezeichneten Massekosten ausreichender Geldbetrag vorgeschossen wird.

Vor der Einstellung soll die Gläubigerversammlung gehört werden.

E. I. 196. 197. K. O. N.

1. Einstellung.
2. Kostenvorschuß.
3. Anhörung der Gläubigerversammlung.
4. Zustellung und Beschwerde.
5. Schuldnerverzeichniß.
6. Gerichtskosten.

1) **Die Einstellung wegen ungenügender Masse** kann zu jeder Zeit erfolgen, selbst vor dem Prüfungstermin und vor einer Verwerthung der Masse, entsprechend den §§ 107, 198. Ein Antrag dazu ist nicht nöthig. Im Konkurse der Genossenschaften ist § 204

Digitized by Google

nicht anwendbar, Ges. v. 1. Mai 1889, 20. Mai 1898 § 100. — Ob eine den Kosten des Verfahrens entsprechende Masse vorhanden ist, unterliegt nach der Lage des einzelnen Falles der Würdigung des Gerichts. Anfechtungsansprüche sind dabei zu berücksichtigen. Der Wortlaut bedeutet: es ist einzustellen, wenn die Masse nicht genügt, um mehr als die Kosten des Verfahrens zu decken. Die Fortsetzung des Verfahrens würde dann auch dem Konkurszwecke für die Gläubiger (§ 3) nicht entsprechen. Die Bemerkung der Mot. 347, es sei eine solche Geringfügigkeit der Masse entscheidend, bei der für die „vorrechtslosen" K.Gläubiger nichts übrig bleibe, ist ungenau. Die bevorrechtigten Gläubiger haben gerade wegen ihres Vorrechtes, dessen sie sich nur im Konkurse bedienen können, ein Interesse an der Fortsetzung des Verfahrens, sofern sie etwas aus der Masse zu erwarten haben würden. Es fragt sich aber, ob nicht nach der Vorschrift des im § 205 angezogenen § 191 die vorhandene geringe Masse durch den Verwalter zu ihrer Befriedigung oder Sicherung verwandt werden muß (Anm. 3 zu § 205).

2) Daß durch den **Vorschuß** der Kostendeckung die Einstellung abgewendet werden kann, entspricht den Vorschriften des § 107.

3) **Die Anhörung der Gl.Versammlung** dient dazu, etwaige Aufklärungen über den Stand der K.Masse zu erlangen und auch den Gläubigern zu geben, damit diese sich entschließen können, ob sie den erforderlichen Kostenvorschuß aufbringen wollen.

Wegen der Verpflichtung des Antragstellers zur Tragung der Gerichtskosten gilt das in Anm. zu § 107 Bemerkte. Die K.Gläubiger haben keinenfalls die Kosten des Verwalters zu tragen und ebensowenig die Staatskasse. Vgl. Vorb. 2 vor § 57, Anm. 4 zu § 58, Ztschr. f. Vollstreck. 8, 139.

4) Die **Zustellung des Einstellungsbeschlusses** erfolgt durch die im § 205 vorschriebene öffentliche Bekanntmachung. Dem G.Schuldner wie jedem Gläubiger steht die Beschwerde dagegen zu, weil beide auf die Fortführung des Verfahrens dasselbe Recht haben, wie auf dessen Einleitung. Der Verwalter dagegen hat eine Beschwerde gegen die Einstellung ebenso wenig wie gegen den Beschluß, durch den der K.Eröffnungsbeschluß aufgehoben worden ist (§ 109). Die abweichende Annahme früherer Auflagen kann nicht aufrecht erhalten werden. Stieglitz zu § 190 a. F. will nur dem Verwalter, Völderndorff zu a II nur den Gläubigern das Beschwerderecht geben.

5) In das im § 107 vorgeschriebene **Schuldnerverzeichniß** ist der G.Schuldner im Falle der Einstellung des Verfahrens nicht aufzunehmen. Die öffentliche Bekanntmachung der Eröffnung wie der Einstellung des Verfahrens bieten dafür wie in jedem anderen Konkursfalle Ersatz.

§ 205. (191.)

Der Einstellungsbeschluß und der Grund der Einstellung sind öffentlich bekannt zu machen.

Die Vorschriften der §§ 111 Abs. 2, 112, 113, 191 finden entsprechende Anwendung.

E. I. 198—200. K. O. N.

1. Zeit der Einstellung.
2. Anwendung der §§ 111—113.
3. Anwendung des § 191.
4. Aufhebung des Einstellungsbeschlusses.

1) Die §§ 205, 206 sind für beide Fälle der Einstellung, §§ 202—204, anwendbar. Die **Einstellung wird wirksam,** sobald die Bekanntmachung gemäß § 76 wirksam geworden ist. Weder durch die Zulässigkeit noch durch die Einlegung der Beschwerde wird die Wirkung aufgehalten, sofern nicht (im Falle der §§ 202, 203) erst das Beschwerdegericht die Einstellung beschlossen hat, vorbehaltlich der Befugnisse des Beschwerdegerichts zu vorläufigen Anordnungen (§ 74, C.P.O. § 572). Die Befugniß des Verwalters und des Gläubigerausschusses hören sofort auf, soweit nicht die im Abs. 2 vorgeschriebene Anwendung des § 191 etwas Anderes ergiebt (Anm. 1 zu § 191); die Gläubiger können ihre Rechte gegen den G.Schuldner sofort wieder unbeschränkt verfolgen. Eccius I § 119 Nr. 2.

2) **Wegen Anwendung des § 111 Abs. 2 und der §§ 112, 113** vgl. Anm. 5 zu § 163.

Digitized by Google

Die in den §§ 112, 113 angeordneten Maßregeln sind ohne Rücksicht auf die noch ausstehende Rechtskraft des Einstellungsbeschlusses des K.Gerichts auszuführen.

3) **Wegen Anwendung des § 191,** dessen Erwähnung in Uebereinstimmung mit der bisherigen Uebung durch die K.O.N. eingefügt worden ist, vgl. Anm. 1 zu § 191. Für anwendbar erklärt ist der ganze § 191, also auch der auf die bevorrechtigten Gläubiger bezügliche Abs. 2. Für den Fall der Einstellung wegen Geringfügigkeit der Masse, § 204, ist dies, wenn auch nur der geringe Massebestand in Frage kommt, zutreffend, da die bevorrechtigten Gläubiger in diesem Falle die Benutzung ihres Vorrechtes verlieren. Im Falle der Einstellung wegen Zustimmung der Gläubiger, §§ 202, 203, trifft es dagegen nicht zu, da die bekannten Gläubiger der Aufhebung zugestimmt haben müssen und die unbekannten auch für Befriedigung oder Sicherstellung nicht in Frage kommen. Es bleibt nur die im § 202 vorgesehene Anordnung der Sicherstellung für einen nicht zustimmenden Gläubiger, dessen Forderung noch nicht festgestellt ist. Vgl. Petersen-Kleinfeller Anm. 2.

4) **Für den Fall einer Aufhebung des Einstellungsbeschlusses** in Folge der Beschwerde ist in der K.O. keine Vorschrift gegeben. Es bleibt in diesem Falle nur übrig, die eingetretenen Wirkungen der Einstellung, soweit als es ohne Verletzung der inzwischen wohlerworbenen Rechte möglich ist, wieder zu beseitigen oder als nicht erfolgt zu behandeln. — Die Annahme von Dernburg 2, § 124 Anm. 4: bei der Einstellung des Verfahrens sei die öffentliche Bekanntmachung für die Beendigung des Konkurses nicht erforderlich, ist durch das (ohnehin fragwürdige) für die preuß. K.O. v. 1855 ergangene Urtheil in Gruchot Beitr. 14, 130 nicht zu stützen. Für diese K.Beendigungsart, wie für § 163, gilt, daß die Einheitlichkeit der Entscheidung darüber, ob ein Konkurszustand vorhanden ist oder nicht, für und gegen alle Betheiligten gleichzeitig wirken muß, und zwar nicht schon, wenn die Beendigung nur noch ein Gedanke des Gerichts ist oder nur Einzelnen mitgetheilt worden ist. Vgl. Anm. 2 § 163. Gerade deshalb hat § 205 seine Bedeutung.

§ 206. (192.)

Der Gemeinschuldner erhält das Recht zurück, über die Konkursmasse frei zu verfügen.

Die Vorschriften des § 164 finden entsprechende Anwendung.

E. I. 201. 202.

Abs. 1 ist auch hier Folge der Beseitigung des § 6 durch die Einstellung. Ueber den Zeitpunkt vgl. Anm. 1 zu § 205. Wegen der Anwendung der Vorschriften des § 164 vgl. die Anm. daselbst.

Achter Titel.
Besondere Bestimmungen.

1. Inhalt des 8. Titels.
2. Besondere Bestimmungen anderer Gesetze.
3. Verfahren zur Befriedigung mehrerer Vollstreckungsgläubiger.

1) **Der achte Titel enthält** Bestimmungen über Abweichungen, die wegen der besonderen Rechtsverhältnisse des G.Schuldners für Konkurse über das Vermögen von Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Handelsgesellschaften, juristischen Personen und Vereinen, die als solche verklagt werden können, über einen Nachlaß, über das Gesammtgut einer fortgesetzten Gütergemeinschaft und über das inländische Vermögen eines Ausländers gegeben sind. Eine begriffliche Unterscheidung zwischen Universal- und Partikularkonkurs ist nicht aufgestellt. Ohnehin läßt sich von den hier behandelten besonderen Fällen in der That nur der Konkurs über das inländische Vermögen eines Ausländers als ein reiner Partikularkonkurs ansehen. Der Streit über die begriffliche Unterscheidung eines Partikularkonkurses ist an sich müßig und ohne praktische Bedeutung. Auch die Frage der juristischen Konstruktion der erwähnten Gesellschaften und ihres Ver-

Digitized by Google

hältnisses zu einer juristischen Person ist für die K.Vorschriften nicht von praktischer Wichtigkeit. Wesentlich ist nur, daß der G.Schuldner, — sei dies ein Einzelner, eine natürliche oder eine juristische Person, oder eine Vereinigung Mehrerer („Personenverein") — ein für sich bestehendes Rechtsleben führt, in eigenem Namen Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, klagen und verklagt werden kann, und ein rechtlich und thatsächlich für sich bestehendes, von anderem unterscheidbares Aktiv- und Passiv-Vermögen hat (H.G.B. § 124. C.P.O. § 17. Vgl. Anm. 1 zu § 102). Für das Vermögen eines solchen Rechtssubjekts in diesem Sinne ist ein Universalkonkurs im Allgemeinen unter Anwendung derselben Grundsätze möglich. Vgl. Anm. 1 § 207. Auch nur verhältnißmäßig wenige abweichende Bestimmungen sind nöthig gefunden. Der Konkurs über einen Nachlaß fällt freilich insoweit nicht unter den allgemeinen Begriff des Konkurses, als dieser nach § 1 das gesammte dem G.Schuldner zur Zeit der K.Eröffnung gehörende Vermögen umfaßt. Der Nachlaß gehört zur Zeit der K.Eröffnung dem Erben und bildet nicht dessen gesammtes Vermögen. Er ist aber doch das gesammte Vermögen des Verstorbenen und wird als solches gerade durch den Konkurs von dem sonstigen Vermögen des Erben als Ganzes getrennt. Die für den Nachlaßkonkurs erforderlichen besonderen Vorschriften berühren zum Theil nicht das K.Verfahren, sondern das K.Recht. Sie waren in dem durch die Einführung des BGB. aufgehobenen bürgerlichen Rechte enthalten und sind so, wie sie dem jetzigen bürgerlichen Rechte entsprechen, durch die K.O.N. den besonderen Vorschriften über das Verfahren einverleibt worden, ohne damit an ihrer Bedeutung etwas zu verlieren, §§ 221—228, 231. Ähnlich steht es mit dem Konkurs über das Gesammtgut einer fortgesetzten Gütergemeinschaft, § 236.

2) Die besonderen Vorschriften der K.O. werden ergänzt durch die konkursrechtlichen Vorschriften des Genossenschaftsgesetzes in der Fassung v. 20. 5. 1898 (R.G.Bl. S. 810), des Ges. btr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der Fassung v. 20. 5. 1898 (R.G.Bl. S. 846), des Privatversicherungsgesetzes v. 21. 5. 1901 (R.G.Bl. S. 139). Vgl. auch R.Ges. v. 26. 7. 97 betr. Abänderung der Gew.O. § 104 l über den Konkurs eines rechtsfähigen Innungsverbandes (R.G.Bl. S. 663 ff.). Die umfangreicheren Bestimmungen der beiden erstgenannten Gesetze sind hinter § 208 eingeschaltet, die der übrigen haben an den einschlagenden Stellen Berücksichtigung gefunden. Vgl. Anm. 4 zu § 103, Anm. 2 zu § 208, Anm. zu § 213.

3) Das **Verfahren zur Befriedigung mehrerer Gläubiger,** die im Wege der **Zwangsvollstreckung** denselben einzelnen Vermögensgegenstand oder Inbegriff von Gegenständen zu ihrer Befriedigung in Anspruch nehmen, gehört an sich nicht in den Bereich der K.O., sondern ist als Zwangsvollstreckung nach der C.P.O. (vgl. C.P.O. §§ 872 ff., 872, 853—856, 864 ff.) u. dem Ges. über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung vom 24. 3. 1897 zu beurtheilen.

---

§ 207. (193.)

I. Ueber das Vermögen einer Aktiengesellschaft findet das Konkursverfahren außer dem Falle der Zahlungsunfähigkeit in dem Falle der Ueberschuldung statt.

Nach Auflösung einer Aktiengesellschaft ist die Eröffnung des Verfahrens so lange zulässig, als die Vertheilung des Vermögens nicht vollzogen ist.

E. I 281—285. 325.

1. Zahlungsunfähigkeit oder Ueberschuldung als Konkursgrund.
2. Eisenbahn-Aktiengesellschaften.
3. Bedeutung und Durchführung der Liquidation.
4. Konkurs einer schon aufgelösten Aktiengesellschaft.

1) Der Antrag auf Eröffnung des Konkurses über das Vermögen einer Aktiengesellschaft kann a) auf **Zahlungsunfähigkeit** im Sinne des § 102, b) indeß auch ohne eine solche, auf **Ueberschuldung** der Gesellschaft gegründet werden, d. h. auf einen Zustand, worin das ganze Vermögen nicht ausreichen würde, alle Schulden zu berichtigen, ohne

Digitized by Google

Rücksicht, ob fällige Schulden zur Zeit berichtigt werden könnten. RG. 3, 195; 4, 68, 69. Die Gläubiger einer Aktiengesellschaft sind lediglich auf das Vermögen des Vereins angewiesen und sollen im Falle einer Ueberschuldung nicht noch zu warten brauchen, bis auch eine zur Zeit noch nicht vorhandene Zahlungsunfähigkeit eingetreten ist. Auch im Interesse der Aktionäre und des öffentlichen Aktienverkehrs soll nicht noch eine weitere Untergrabung der Verhältnisse abgewartet werden, wenn eine Ueberschuldung vorliegt. Die Vorschriften des H.G.B. §§ 240, 241, 315 Nr. 2 über die Verpflichtung des Vorstandes, den Konkurs zu beantragen, bleiben maßgebend. E.G. § 3 Abs. 1. Betreffs der Anfechtung behalten auch bei Ueberschuldung die Zahlungseinstellung und die Kenntniß davon ihre Bedeutung, RG. 25, 34, Anm. § 228. Wegen Anwendbarkeit der §§ 207, 208 auf „registrirte Gesellschaften" vgl. E.G. § 6 und Anm. dazu.

2) Die Vorschriften der §§ 207, 208 gelten für alle Aktiengesellschaften, also auch für solche, die eine der staatlichen Aufsicht unterliegende Unternehmung, insbesondere eine **Eisenbahnunternehmung** betreiben und diese Unternehmung nach den besonderen Vorschriften des öffentlichen Rechtes fortzusetzen verpflichtet sind. Daß der G.Schuldner ein solches Unternehmen betreibt, ist nicht für Aktiengesellschaften eigenthümlich; es kann auch sonst vorkommen. Der Verwalter unterliegt selbstverständlich den im öffentlichen Rechte begründeten Einschränkungen der Verwaltung und Verwerthung der betreffenden Gegenstände der K.Masse. Die K.O. läßt ihm dazu freie Hand. In Preußen ist durch das Gesetz betr. das Pfandrecht an Privateisenbahnen und Kleinbahnen u. s. w. vom 19. August 1895 und dessen Aenderungen vom 11. Juni 1902 (G.S. 1902 S. 237) für Privatbahnen, die dem Gesetze über die Eisenbahnunternehmungen vom 3. November 1838 unterliegen, und für Kleinbahnen, deren Unternehmer verpflichtet ist, für die Dauer der ihm ertheilten Genehmigung das Unternehmen zu betreiben, die Veräußerung und Verwaltung auch für den Konkursfall geregelt und zum Zwecke der abgesonderten Befriedigung des Bahnpfandgläubigers eine nach Erlöschen der Genehmigung vorzunehmende „Zwangsliquidation" eingeführt worden. Danach ist insbesondere der Zuschlag des Unternehmens, das als „Bahneinheit" den Vorschriften über Grundstücke unterstellt ist, sowie die Zwangsverwaltung des Unternehmens von einer Genehmigung der Aufsichtsbehörde abhängig und die Zwangsverwaltung auch auf Ersuchen der Aufsichtsbehörde einzuleiten (Abschn. 4, 5 des Gesetzes).

3) Die Aktiengesellschaft wird durch den Ablauf der statutenmäßigen Zeit, durch Beschluß der Aktionäre und durch Eröffnung des Konkurses aufgelöst, H.G. § 292, d. h. sie darf für den produktiven Zweck, für den sie errichtet ist, keine fernere Thätigkeit haben. Sie dauert indeß für den Zweck der **Liquidation** bis zu deren Beendigung fort. Die Selbständigkeit ihres Vermögens bleibt bis zur vollzogenen Vertheilung aufrecht, H.G. § 294; R.O.H. 16, 286; 19, 160; Mot. 442; sowie in gleicher Weise auch die Rechtssubjektseigenschaft einer erst durch den Konkurs aufgelösten offenen Handelsgesellschaft zum Zwecke der Liquidation bis zu deren Beendigung fortdauert, RG. 16, 1. Der Verwalter hat das Vermögen der Gesellschaft gleich einem Liquidator einzuziehen, während die bisherigen Organe der Gesellschaft für deren Vermögen nach außen handelnd zu wirken nicht berechtigt sind. RG. 14, 418, 419. Insbesondere ist der Verwalter befugt, Ansprüche aus Zeichnungen gegen die Aktienzeichner geltend zu machen, R.O.H. 20, 270; 22, 135; 25, 158; RG. 4, 67. Er hat auch die Rechte der Gläubiger gegen die Aktionäre auszuüben, die entgegen den Vorschriften des HGB. von der Gesellschaft Zahlungen empfangen haben, HGB. § 217. Ueber den Einwand des Schuldners, daß der ursprüngliche Zweck der Aktiengesellschaft nach der K.Eröffnung nicht mehr erreicht werden könne, vgl. RG. 13, 29. Nach der Beendigung des Konkurses, der nur die Auseinandersetzung mit den Gläubigern betrifft, bleibt dann noch die Auseinandersetzung durch Liquidation zwischen den Teilnehmern der Gesellschaft, den Aktionären, und die Vertheilung des etwa noch vorhandenen Vermögens. Nach der K.Beendigung, auch nach einem Zwangsvergleiche oder einer Einstellung, § 202, lebt die Gesellschaft zur Fortsetzung behufs des ursprünglichen Zwecks nicht wieder auf, vgl. Gierke Genoss.Theorie S. 831 ff.;

Digitized by Google

Petersen Wochenschr. f. Aktienrecht 1, 23, 161; jedoch kann in den Fällen der §§ 190, 202 die Generalversammlung die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen (§ 307 Abs. 2 H.G.B.).

4) Es kann auch **über das Vermögen einer schon aufgelösten Aktiengesellschaft** (in Liquid.) sowohl wegen Zahlungsunfähigkeit, als wegen Ueberschuldung Konkurs eröffnet werden. Wann „die Vertheilung vollzogen", ist nach H.G. § 300 unter Würdigung der thatsächlichen Verhältnisse zu beurtheilen. Nach einer Fusion mehrerer Gesellschaften ist der Konkurs über das Vermögen einer von ihnen noch so lange zulässig, als dies Vermögen unter gesonderter Verwaltung steht.

§ 208. (194.)

Zu dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens ist außer den Konkursgläubigern jedes Mitglied des Vorstandes und jeder Liquidator berechtigt.

Wird der Antrag nicht von allen Mitgliedern des Vorstandes oder allen Liquidatoren gestellt, so ist derselbe zuzulassen, wenn die Zahlungsunfähigkeit oder Ueberschuldung glaubhaft gemacht wird. Das Gericht hat die übrigen Mitglieder oder Liquidatoren nach Maßgabe des § 105 Abs. 2, 3 zu hören.

E. I. 231—235. P. 325.

1. Antragsberechtigung,
2. bei Versicherungsgesellschaften auf Aktien.
3. Antrag einzelner Mitglieder des Vorstandes oder einzelner Liquidatoren.
4. Zwangsvergleich.

1) **Abs. 1: Antragsberechtigung.** Zum Antrage auf K.Eröffnung ist jeder K.Gläubiger, gemäß der allgemeinen Regel der §§ 103, 105, ferner jeder Liquidator, wenn solche schon bestellt sind, und jedes Vorstandsmitglied berechtigt; nicht ein Prokurist und nicht ein Aktionär, auch nicht mehrere Aktionäre und ebenso nicht eine Generalversammlung (dagegen Völderndorff zu f), die eine solche Absicht durch den Vorstand oder durch Liquidatoren ausführen mag. Nöthig ist zum Antrage weder die übereinstimmende Erklärung aller Vorstandsmitglieder oder Liquidatoren, noch die der zur Firmazeichnung befugten, da der Antrag kein Akt der Geschäftsführung ist. H.G.B. §§ 233, 298, 150. Jeder von ihnen ist der Bestrafung nach § 315 Nr. 2 ausgesetzt und soll deshalb einzeln zum Antrage berechtigt sein. — Zu den K.Gläubigern gehören niemals die Aktionäre als solche; sie haben keine persönliche Forderung gegen die Gesellschaft betreffs ihrer „Antheile" und können ihre Ansprüche auf den Ueberschuß nur nach Beendigung des Konkurses geltend machen; Antheile der Aktionäre sind daher auch nicht in die Bilanz aufzunehmen. Dagegen sind Ansprüche auf festgestellte Dividenden Gläubigerrechte des Inhabers der Dividendenscheine. **RG. 22**, 114; 13. Februar 1892, J.W. 165.

Soweit im Konkurse die Gesellschaft als G.Schuldnerin zu vertreten ist, geschieht dies durch die zur Zeit der K.Eröffnung (oder durch spätere Wahl, H.G.B. § 295, R.O.H. 17, 44) zur Vertretung legitimirten Vorstandsmitglieder oder Liquidatoren. Insbesondere sind nur diese (und nicht an sich jeder Einzelne) *berechtigt*, als „G.Schuldner" mit verbindlicher Kraft Erklärungen und Anträge gemäß §§ 141, 164, 194, 206 u. 86, 105, 102, 121, 130, 135, 160, 173, 182 abzugeben und zu stellen. H.G.B. §§ 231, 295, 298, 294. Die Aktionäre haben also auch beim Prüfungsverfahren keine Erklärungen abzugeben.

Die *Pflichten* des G.Schuldners haben die Vorstandsmitglieder und Liquidatoren während des Konkurses ebenfalls zu erfüllen; die Vorschriften der §§ 100, 101, 125 sind auf Jeden von ihnen anwendbar. Vgl. Mot. 443, Prot. 15, 117, 118.

Der K.Verwalter ist berechtigt, Namens der G.Schuldnerin die ihr zustehenden Regreßansprüche gegen Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths geltend zu machen, H.G.B. §§ 241, 249.

2) Bei den **Versicherungsgesellschaften auf Aktien** steht gemäß § 68 des Ges. über die privaten Versicherungsunternehmungen v. 12. Mai 1901 (R.G.Bl. S. 139 ff.) der **Antrag** auf K.Eröffnung *ausschließlich* der Aufsichtsbehörde zu. Vgl. auch § 69 a. a. O. über Maßnahmen der Behörde zur Vermeidung des Konkurses.

Digitized by Google

3) Abſ. 2 findet ſowohl dann Anwendung, **wenn nur einer oder einige der Vorſtandsmitglieder oder Liquidatoren, als wenn ein Geſellſchaftsgläubiger den Antrag ſtellt.** Im zweiten Falle bleibt es außerdem bei der allgemeinen Vorſchrift des § 105 Abſ. 1, daß der Gläubiger ſeine Forderung zu ſeiner Antragslegitimation glaubhaft zu machen hat. Die Schwierigkeiten für einen Dritten, die Vermögenslage nachzuweiſen, werden hier theilweiſe durch die Veröffentlichung der Bilanzen nach H.G.B. §§ 265, 260, 261 gehoben. Mot. 442, 443. Prot. 118. Die Vorſchrift, der Antrag ſei bei Glaubhaftmachung der Zahlungsunfähigkeit oder der Verſchuldung „zuzulaſſen", hat hier dieſelbe Bedeutung, wie im § 105. Vgl. Anm. zu § 105.

4) Der **Zwangsvergleich** iſt ſtatthaft, Mot. 443—445. Für das Verfahren finden die Vorſchriften der §§ 173—201 unmittelbare Anwendung; nur iſt dabei zu berückſichtigen, daß da, wo das Geſetz Handlungen des G.Schuldners vorausſetzt, dieſen die Handlungen der Vertreter nur dann gleichzuſtellen ſind, wenn die Geſellſchaft als ſolche dabei als rechtlich durch ihre Vertreter handelnd anzunehmen iſt. Dies iſt namentlich hinſichtlich der Gründe der Unzuläſſigkeit eines Zwangsvergleichs zu beachten, vgl. §§ 175, 186, 188, 197, 198. Die Aktiengeſellſchaft wird nicht wegen betrüglichen Bankerutts beſtraft, wenn ihre Vertreter dies Schickſal haben, und wird nicht flüchtig; ſie kann aber durch ihre Vertreter den Offenbarungseid weigern und die Vorſchrift des § 188 Nr. 1 kann auch bei ihr ſchon deshalb anwendbar ſein, weil es dafür unerheblich iſt, wer den Z.B. in unlauterer Weiſe oder durch Begünſtigung zu Stande gebracht hat. Stieglitz zu § 194 a. F. Anm. IV, Sarwey-Boſſert Anm. 3, Fitting § 52 zu IV, Peterſen-Kleinfeller Anm. 7. A.M. Endemann S. 628 und Völderndorff zu b über die Weigerung des Offenbarungseides.

Zuſatz A.

Reichsgeſetz betr. die Geſellſchaften mit beſchränkter Haftung,

vom 20. April 1892 R.G.Bl. S. 477 mit den im E.G. z. H.G.B. Art. 11 u. 13 beſtimmten Aenderungen, in neuer Faſſung veröffentlicht R.G.Bl. 1898 S 846. Litt.: Kommentare des Reichsgeſ. von Birkenbihl, Förtſch, Gareis, Hergenhahn, v. Liebig, Neukamp, Eſſer, Staub.

§ 63. Ueber das Vermögen der Geſellſchaft findet das Konkursverfahren außer dem Falle der Zahlungs-Unfähigkeit auch im Falle der Ueberſchuldung ſtatt.

Die auf das Konkursverfahren über das Vermögen einer Aktiengeſellſchaft bezüglichen Vorſchriften im § 207 Abſatz 2, § 208 der Konkursordnung finden auf die Geſellſchaft mit beſchränkter Haftung entſprechende Anwendung.

1) Das Geſetz beſtimmt:

§ 60 Abſ. 1. Die Geſellſchaft mit beſchränkter Haftung wird aufgelöſt:

4. durch die Eröffnung des K.Verfahrens; wird das Verfahren nach Abſchluß eines Zwangsvergleichs aufgehoben oder auf Antrag des Gemeinſchuldners eingeſtellt, ſo können die Geſellſchafter die Fortſetzung der Geſellſchaft beſchließen.

Für die Geſellſchaft gilt, was in den Anm. 2 bis 4 § 207 betreffs der Ueberſchuldung und der Liquidationsfortdauer der Aktiengeſellſchaft bemerkt iſt. Die Vorſchriften über die Liquidation finden auch dann Anwendung, wenn die Geſellſchaft für nichtig erklärt und die Nichtigkeit in das Handelsregiſter eingetragen worden iſt, § 77 d. Geſ.; umſomehr iſt die Geſellſchaft konkursfähig, wenn nur ein Nichtigkeitsgrund vorliegt, die Nichtigkeit aber nicht erklärt worden iſt, **RG.** 20. Juni 1904 J.W. 503. Wenn im Geſellſchaftsvertrage die Einforderung von Nachſchüſſen durch Beſchluß der Geſellſchafter vorgeſehen iſt, §§ 26—28 d. Geſ., ſo kann die Beſchlußfaſſung über deren Einforderung für die K.Maſſe, die Liquidationsbefugniſſe des Verwalters nicht beſchränkend, ſondern behufs Einziehung der Vor-

Digitized by Google

schüsse erweiternd, auch während des Konkurses noch erfolgen. Vgl. Staub Anm. 6 zu § 69. Den Gesellschaftern steht die Einrede zu, daß die Einzahlung zur Deckung der Schulden nicht nothwendig sei, RG. 25. März 1899 JW. 305. — Gemäß Abs. 2 sind für die Gesellschaft die Anm. zu § 208 maßgebend, so daß von den Geschäftsführern (den Vertretern der Gesellschaft, § 35) und den Liquidatoren (§§ 66 ff.) gilt, was dort von den Vorstandsmitgliedern und Liquidatoren gesagt ist.

§ 64. Die Geschäftsführer haben die Eröffnung des Konkursverfahrens zu beantragen, sobald die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eintritt oder aus der Jahresbilanz oder aus einer im Laufe des Geschäftsjahres aufgestellten Bilanz Ueberschuldung sich ergiebt.

Die Geschäftsführer sind der Gesellschaft zum Ersatze aller nach diesem Zeitpunkt geleisteten Zahlungen verpflichtet. Auf den Ersatzanspruch finden die Bestimmungen im § 43 Absatz 3 und 4 entsprechende Anwendung.

1. Pflicht zum Eröffnungsantrag.
2. Ersatzansprüche.
3. Handelsregister.

1) **Abs. 1 über die Verpflichtung zum Antrag** entspricht dem § 240 Abs. 2 H.G.B. und dem § 99 Abs. 1 des Genoss.Ges. v. 1. Mai 1889, in neuer Fassung veröffentlicht R.G.Bl. 1898 S. 810. Wenn, abgesehen von der Zahlungsunfähigkeit, eine Ueberschuldung nicht durch die Bilanz, aber anderweit erkennbar ist, so liegt der Fall des § 64 Abs. 1, sowie des § 84 Ges. nicht vor; der Geschäftsführer ist dann nach §§ 63 Ges, 208 Abs. 1 K.O. zum Antrage auf K.Eröffnung berechtigt, aber nicht verpflichtet. Die Worte: „sich ergiebt" verlangen eine objektive, für Jeden vorhandene Erkennbarkeit, Hergenhahn zu § 64. Die Bilanz ist nach § 42 Ges. aufzustellen; aber zur Beurtheilung, ob sich Ueberschuldung ergiebt, sind das Stammkapital und das Nachschußkonto nicht als Passiva vom Aktivvermögen abzuziehen. Zur Ermittelung einer Ueberschuldung sind als Aktivvermögen die Einlagen und die Nachschüsse, soweit sie noch unverwendet und Ansprüche der Gesellschaft auf deren Einforderung begründet sind, mit zu berechnen. Ist der Antrag auf K.Eröffnung gestellt, so hat das K.Gericht zu prüfen, ob in der That, und nicht bloß nach der aufgestellten Bilanz eine Ueberschuldung vorhanden ist. Vgl. Staub Anm. 5 zu § 63.

2) Abs. 2. Die **Ersatzansprüche**, die nur der Gesellschaft, nicht den einzelnen Gläubigern zustehen, sind im Konkurse vom K.Verwalter geltend zu machen. Ersatzpflichtig sind Geschäftsführer, die nach dem im Abs. 1 bezeichneten Zeitpunkte Zahlungen geleistet oder dabei mitgewirkt haben. Als Zahlungen kommen hier auch Zahlungen an Gläubiger in Betracht, während die Bestimmungen des angezogenen § 43 Abs. 3, 4 nur Zahlungen an Gesellschafter betreffen. Der Nachweis eines besonderen Schadens ist nicht nöthig; er liegt darin, daß der K.Masse die gezahlten Beträge entgangen sind. — Der § 43 bestimmt:

Abs. 3. „Insbesondere sind die Geschäftsführer zum Ersatze verpflichtet, wenn den Bestimmungen des § 30 zuwider Zahlungen aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen der Gesellschaft gemacht oder den Bestimmungen des § 33 zuwider eigene Geschäftsantheile der Gesellschaft erworben worden sind. Auf den Ersatzanspruch finden die Bestimmungen im § 9 Absatz 2 entsprechende Anwendung. Soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft erforderlich ist, wird die Verpflichtung der Geschäftsführer dadurch nicht aufgehoben, daß dieselben in Befolgung eines Beschlusses der Gesellschafter gehandelt haben.

Abs. 4. Die Ansprüche auf Grund der vorstehenden Bestimmungen verjähren in fünf Jahren."

Entsprechende Anwendung können nur der 2. und 3. Satz Abs. 3 und Abs. 4 finden, da Satz 1 Abs. 3 eine andere Ersatzpflicht betrifft: Der danach weiter zur entsprechenden Anwendung kommende § 9 Abs. 2 erklärt (Satz 1) Verzichtleistungen oder Vergleiche der Gesellschaft in Betreff der Ersatzansprüche, die ihr gegen die Geschäftsführer daraus zu-

Digitized by Google

stehen, daß diese bei der Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister hinsichtlich der auf die Stammeinlagen gemachten Leistungen unrichtige Angaben gemacht haben (§ 7 Abs. 2, § 9 Abs. 1), für „unwirksam, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft erforderlich ist;" und fügt (Satz 2) hinzu: „Auf einen Vergleich, welchen der Ersatzpflichtige im Falle der Zahlungsunfähigkeit zur Abwendung oder Beseitigung des K.Verfahrens mit seinen Gläubigern abschließt, findet diese Bestimmung keine Anwendung." — Die Vorschrift des § 43 Abs. 2, daß Geschäftsführer, die ihre Obliegenheiten verletzen, der Gesellschaft solidarisch für den entstandenen Schaden haften, ist nicht mit angezogen, gilt aber dennoch auch für die hier fragliche Ersatzpflicht, der eine Verletzung der Obliegenheiten zu Grunde liegt. Ebenso wie die Ansprüche aus § 64 gehören die im § 43 Abs. 3 Satz 1 erwähnten Ansprüche zur K.Masse. Der § 30 untersagt die Auszahlung des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens der Gesellschaft an die Gesellschafter unbedingt, und die Rückzahlung von Nachschüssen unter bestimmten Bedingungen; der § 33 untersagt die Erwerbung eigener Geschäftsantheile, auf welche die Stammeinlage noch nicht vollständig eingezahlt ist, unbedingt und der vollgezahlten, sofern der Erwerb nicht aus dem über den Betrag des Stammkapitals hinaus vorhandenen Vermögen geschehen kann. — Neben den Vorschriften des § 64 Abs. 2 und des § 9 Abs. 2 bleiben die Bestimmungen der KO. über K.Anfechtung unberührt maßgebend. Dies gilt namentlich mit Rücksicht auf die Einschränkung, die Satz 1 des § 9 Abs. 2 durch Satz 2 erleidet und für die von dem Ersatzpflichtigen geleisteten Zahlungen. Für die Erstattung der entgegen § 30 geleisteten Zahlungen giebt § 31 noch besondere Vorschriften, deren Benutzung gleichfalls dem K.Verwalter zusteht.

3) Abs. 3. Zur Eintragung der K.Eröffnung in das **Handelsregister** hat der Gerichtsschreiber nach § 112 K.O. Mittheilung zu machen; vgl. preuß. Ges. v. 6. März 1879 § 13. Die Mittheilung hat auch an die Handelsregisterbehörde der Zweigniederlassungen zu erfolgen.

§ 71. Die Liquidatoren haben die aus §§ 36, 37, § 41 Absatz 1, § 43 Absatz 1, 2 und 4, § 49 Absatz 1 und 2, § 64 sich ergebenden Rechte und Pflichten der Geschäftsführer.

Sie haben sofort bei Beginn der Liquidation und demnächst in jedem Jahre eine Bilanz aufzustellen.

1) Hinsichtlich der im Falle einer Auflösung der Gesellschaft ohne K.Eröffnung bestellten Liquidatoren, §§ 66 ff., gilt, was vorstehend zu § 64 von den Geschäftsführern bemerkt ist.

§ 83. Die Strafvorschriften der §§ 239 bis 241 der Konkursordnung finden gegen die Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, welche ihre Zahlung eingestellt hat oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, Anwendung, wenn sie in dieser Eigenschaft die mit Strafe bedrohten Handlungen begangen haben.

1) Durch § 83 wird § 244 K.O. ergänzt, vgl. Anm. zu § 244.

§ 84. Die Geschäftsführer oder Liquidatoren einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung werden mit Gefängniß bis zu drei Monaten und zugleich mit Geldstrafe bis zu eintausend Mark bestraft, wenn entgegen den Vorschriften im § 64, § 71 Abs. 1 der Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens unterlassen ist.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt ausschließlich die Geldstrafe ein.

Digitized by Google

Straflos bleibt derjenige, bezüglich dessen festgestellt wird, daß der Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens ohne sein Verschulden unterblieben ist.

1) Der § 84 entspricht dem § 315 Z. 2 H.G.B. — Abs. 3 bezeichnet, abweichend von § 148 Nr. 2 Genoss.Ges. v. 1. Mai 1889 in der Fassung v. 20. Mai 1898 (R.G.Bl. 810) nicht einen, vom Angeschuldigten zu beweisenden, Strafausschließungsgrund, sondern das Fehlen eines für die Anwendung der Abs. 1, 2 als erforderlich vorausgesetzten Moments des Verschuldens; nur schuldhaftes Unterlassen ist strafbar; der Angeschuldigte hat nicht sein Nichtverschulden nachzuweisen, sondern ihm ist das Verschulden zu beweisen. Str.Proz.O. § 262; RG. Str. 2, 380; vgl. dagegen Staub Anm. 3.

Anmerkung.

Die §§ 195—197, K.O. a. F., die den Konkurs der nach dem Gesetze v. 4. Juli 1868 errichteten eingetragenen Genossenschaften betrafen, sind durch das seit dem 1. Okt. 1889 geltende Reichsgesetz v. 1. Mai 1889 betreffend die Erwerbs- und Wirthschafts-Genossenschaften, R.G.Bl. S. 55, nebst dem Ges. v. 4. Juli 1868 aufgehoben. Auch auf die gemäß dem Ges. v. 4. Juli 1868 errichteten Genossenschaften findet das Gesetz v. 1. Mai 1889 mit einigen in den Übergangsvorschriften der §§ 155—170 angegebenen Maßgaben Anwendung. Demnach hatten die §§ 195—197 nur noch für die Konkurse Bedeutung, die vor dem 1. Okt. 1889 über früher gebildete Genossenschaften eröffnet waren; ferner § 197 (gemäß § 161 Ges. v. 1. Mai 1889) noch in Betreff der Haftpflicht der Genossen nach einer bereits früher erfolgten K.Eröffnung, wenn vor dem 1. Okt. 1889 der Vertheilungsplan zur Erklärung der Vollstreckbarkeit eingereicht oder ohne Einreichung eines solchen das K.Verfahren aufgehoben war; wenn nicht, so ist das Ges. v. 1. Mai 1889 für die gesammte Haftpflicht der Genossen anwendbar, RG. 4. Apr. 1892, RassK. 39, 1082, und für die Realisirung der Nachschußpflicht ist es so anzusehen, als sei erst am 1. Okt. 1889 der Konkurs eröffnet, RG. 9. Juli 1890, J.W. 334. (Auf das Rechtsverhältniß zu den vor dem 1. Okt. 1889 ausgeschiedenen Genossenschaftern hat das Ges. v. 1. Mai 1889 keine rückwirkende Kraft, RG. 32, 48.) Das Ges. v. 1. Mai 1889 ist, abgesehen von den Übergangsbest. §§ 153 ff., nach Maßgabe des Art. 13 E.G. z. H.G.B. neu gefaßt durch Bekanntmachung des Reichskanzlers v. 20. Mai 1898 (R.G.Bl. S. 810).

Zusatz B. Reichsgesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirthschafts-genossenschaften, vom 1. Mai 1889

(in der Fassung der Bekanntmachung v. 20. Mai 1898, R.G.Bl. S. 810).

Litt: Kommentare von Joël, Maurer-Birkenbihl, Parisius und Crüger, Pröbst; Steinfeld, Rechtsgrundsätze über das Guthaben des Genossenschaftsmitgliedes, und Behandlung desselben im Konkurse des Genossen, Hannover 1892.

Siebenter Abschnitt.
Konkursverfahren und Haftpflicht der Genossen.

§ 98. Das Konkursverfahren findet im Falle der Zahlungsunfähigkeit, nach Auflösung der Genossenschaft auch im Falle der Ueberschuldung statt.

Nach Auflösung der Genossenschaft ist die Eröffnung des Verfahrens so lange zulässig, als die Vertheilung des Vermögens nicht vollzogen ist.

1) Das Gesetz gestattet drei Arten von eingetragenen Genossenschaften: a) mit unbeschränkter Haftpflicht, deren Mitglieder für die Verbindlichkeiten der Genossenschaft dieser sowie auch unmittelbar deren Gläubigern mit ihrem ganzen Vermögen haften, also unter Zulässigkeit des Klagrechts der Gläubiger gegen die Genossen;

Digitized by Google

b) mit unbeschränkter Nachschußpflicht, deren Genossen nicht unmittelbar den Gläubigern der Genossen verhaftet, aber verpflichtet sind, der Genossenschaft die zur Befriedigung der Gläubiger nöthigen Nachschüsse zu leisten; c) mit beschränkter Haftpflicht, deren Mitglieder für die Verbindlichkeiten der Genossenschaft sowohl der Genossenschaft als auch den Gläubigern gegenüber nur eine auf eine bestimmte Summe beschränkte Haftpflicht haben. — Die §§ 89—118 gelten für alle drei Arten, soweit sie nicht im Abschnitt 8 §§ 119 ff. modifizirt sind. — Nach §§ 98, 140 findet das K.Verfahren

a) im Falle der Zahlungsunfähigkeit vor oder nach sonstiger Auflösung der Genossenschaft bei allen drei Arten statt;

b) im Falle der Ueberschuldung bei Genoss. mit unbeschränkter Haftpflicht und bei Genoss. mit unbeschränkter Nachschußpflicht nur nach einer Auflösung der Gesellschaft, weil vorher die unbeschränkte Haftung oder Nachschußpflicht für die Gläubiger die entsprechenden Mittel beschaffen kann; dagegen nach § 140 bei Gen. mit beschränkter Haftpflicht, bei denen diese Quellen fortfallen, auch bei bestehender Gen., sofern die Ueberschuldung ein Viertheil des Betrages der Haftsummen aller Genossen übersteigt. — Nach Auflösung der Gen. dauert diese mit ihrer Organisation zum Zwecke der Liquidation in Bezug auf die Rechtsverhältnisse der Gen. und der Genossen fort, und kommen bis zur Beendigung der Liquidation die Vorschriften des 2. und 3. Abschnitts über Rechtsverhältnisse der Genossenschaft und der Genossen und über Vertretung und Geschäftsführung in Anwendung, soweit sich aus Abschn. 6 über Auflösung und Liquidation und aus dem Wesen der Liquidation nicht ein Anderes ergiebt, § 87.

§ 99. Sobald die Zahlungsunfähigkeit der Genossenschaft eintritt, hat der Vorstand die Eröffnung des Konkursverfahrens zu beantragen; dasselbe gilt, wenn bei oder nach Auflösung der Genossenschaft aus der Jahresbilanz oder aus einer im Laufe des Jahres aufgestellten Bilanz Ueberschuldung sich ergiebt.

Die Mitglieder des Vorstandes sind der Genossenschaft zum Ersatz einer nach diesem Zeitpunkte geleisteten Zahlung nach Maßgabe des § 34 verpflichtet.

Die Ansprüche auf Grund der vorstehenden Bestimmungen verjähren in fünf Jahren.

1. Absatz 1. | 2. Absatz 2. | 3. Absatz 3.

1) Abs. 1 entspricht dem § 240 Abs. 2 H.G.B. und dem § 64 Abs. 1 des Ges. v. 20. April 1892 über Gesellschaften mit beschränkter Haftung; es gilt dafür, was in Anm. 1 zu § 64 des zweiten Ges. bemerkt ist. Unberührt bleibt indeß dabei die in §§ 121, 126 bestimmte Pflicht, falls sich bei der Geschäftsführung (schon vor Aufstellung der Bilanz) eine Ueberschuldung ergiebt. — Der Antrag ist vom Gesammtvorstande, § 24, zu stellen; die Verpflichtung dazu hat jedes Mitglied des Vorstandes; bei fehlender Einigung ist jedes Mitglied einzeln nach § 100 berechtigt und jedes Mitglied hat zur Vermeidung der Strafe des § 148 Nr. 2 von diesem Rechte Gebrauch zu machen.

2) Abs. 2. Die Haftung gilt für alle, nach Eintritt der Verpflichtung des Abs. 1 geleisteten Zahlungen, vgl. § 64 Abs. 2 Ges. über die G. m. b. H. Der K.Verwalter hat die der Gen. gegenüber bestehende Ersatzpflicht für die Masse zu verfolgen; den einzelnen Genossenschaftsgläubigern gegenüber besteht eine gleiche Ersatzpflicht nur bei Gen. mit beschränkter Haftung nach § 142. Daneben hat der Verwalter die Rechte betreffs der K.Anfechtung. Selbstverständlich kann er nicht doppelte Zahlung für die Masse erwirken. — Das Maß der Haftung ist durch § 34 dahin bestimmt, daß die Mitglieder des Vorstandes die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden haben und für den durch Verletzung ihrer Obliegenheiten entstandenen Schaden persönlich und solidarisch den Genossen haften.

3) Abs. 3 entspricht dem § 34 Abs. 4; vgl. § 43 Abs. 4 Ges. über die G. m. b. H.

Digitized by Google

§ 100. Zu dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens ist außer den Konkursgläubigern jedes Mitglied des Vorstandes berechtigt.

Wird der Antrag nicht von allen Mitgliedern gestellt, so ist derselbe zuzulassen, wenn die ihn begründenden Thatsachen (§ 98) glaubhaft gemacht werden. Das Gericht hat die übrigen Mitglieder nach Maßgabe der Konkursordnung § 105 Abs. 2, 3 zu hören.

Der Eröffnungsantrag kann nicht aus dem Grunde abgewiesen werden, daß eine den Kosten des Verfahrens entsprechende Konkursmasse nicht vorhanden sei.

1) Abs. 1 und 2 entsprechen dem § 210 K.O. — Abs. 3 enthält eine Abweichung von § 107 K.O., die folgerecht auch für die Einstellung maßgebend ist, so daß also § 204 K.O. auf den Genossenschaftskonkurs auch nicht anwendbar ist.

§ 101. Durch die Eröffnung des Konkursverfahrens wird die Genossenschaft aufgelöst.

Die Auflösung hat auch hier, wie die Auflösung von Aktiengesellschaften und offenen Handelsgesellschaften nur die Beendigung der Wirksamkeit für die bisherigen wirthschaftlichen Zwecke zur Folge, nicht den Wegfall der Genossenschaftsorgane. Andrerseits lebt die aufgelöste Gen. auch nach einer Einstellung nicht wieder auf; dasselbe gilt, wenn sich Zulänglichkeit des Vermögens zur Deckung der Schulden ergiebt. Der vorhandene Bestand ist dann unter den Genossen zu vertheilen. Vgl. Anm. 3 § 207.

§ 102. Die Eröffnung des Konkursverfahrens ist unverzüglich in das Genossenschaftsregister einzutragen. Die Eintragung wird nicht bekannt gemacht.

Der Gerichtsschreiber des K.Gerichts hat nach § 112 K.O. die K.Eröffnung der Registerbehörde, und zwar nach § 158 Abs. 2 Gen.Ges. auch der für jede Zweigniederlassung, mitzutheilen. Die Mittellungen und Eintragungen erfolgen von Amtswegen.

§ 103. Bei der Eröffnung des Verfahrens ist von dem Gerichte ein Gläubigerausschuß zu bestellen. Die Gläubigerversammlung hat über die Beibehaltung der bestellten oder die Wahl anderer Mitglieder zu beschließen. Im Uebrigen kommen die Vorschriften im § 87 der Konkursordnung zur Anwendung.

Abweichend von § 87 K.O. ist die sofortige gerichtliche Bestellung eines G.Ausschusses obligatorisch; die Gl.Versammlung kann nicht, wie nach § 87, beschließen, daß kein Gl.Ausschuß bestehen soll, sondern nur darüber, ob die Bestellten beizubehalten oder andere zu wählen sind. Unterläßt sie eine Beschlußfassung darüber, so folgt aus Satz 2 in Verbindung mit Satz 1, daß der gerichtlich bestellte G.Ausschuß so lange besteht, bis die Gl.Versammlung andere Mitglieder wählt. — Durch die von der Reichstagskommission beschlossene Einfügung des § 103 sollte nach dem Kommissionsberichte v. 1888/1889 die Bestimmung namentlich auch im Interesse der Genossen zur Kontrolle des Verwalters getroffen werden. Dies hat im Gesetze jedoch keinen Ausdruck gefunden, da weder die Genossen an der Wahl theilnehmen, noch die Bestimmungen über die Thätigkeit des Gl.Ausschusses, vgl. Anm. zu § 88, geändert sind. Man wird daher auch die den Gl.Ausschußmitgliedern nach § 89 K.O. obliegende Sorgfalt nicht darauf ausdehnen dürfen, daß sie die Interessen der Genossen zu vertreten haben und den Genossen haftbar werden. Die Absicht der K.Kommission ist demgemäß nur dahin auszulegen und zu verwirklichen, daß und soweit die Verpflichtung eines Gl.Ausschusses zur Kontrolle des Verwalters im Interesse der Gläubiger reicht, zugleich die Interessen der Genossen gefördert werden.

Digitized by Google

§ 104. Die Generalversammlung ist ohne Verzug zur Beschlußfassung darüber zu berufen (§§ 44—46), ob die bisherigen Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths beizubehalten oder andere zu bestellen sind.

Vgl. Anm. zu § 101. Diese nach der K.Eröffnung vorzunehmende Berufung der Generalversammlung fällt fort, wenn die nach den §§ 125, 126 bei Genossenschaften mit unbeschränkter Haftung oder mit unbeschränkter Nachschußpflicht berufene Generalversammlung über die angegebene Frage Beschluß gefaßt hat, § 121 Abs. 2. Der Vorstand und der Aufsichtsrath haben in Folge der K.Eröffnung, § 6, nur noch zum Zwecke der Liquidation und einer etwaigen Vertheilung der Restmasse nach Befriedigung der Gläubiger zu wirken; der Vorstand hat im K.Verfahren die Gen. als Schuldnerin nur hinsichtlich der darin dem G.Schuldner persönlich obliegenden Pflichten und zustehenden Rechte zu vertreten.

§ 105. Soweit die Konkursgläubiger wegen ihrer bei der Schlußvertheilung (Konkursordnung § 161) berücksichtigten Forderungen aus dem zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens vorhandenen Vermögen der Genossenschaft nicht befriedigt werden, sind die Genossen verpflichtet, Nachschüsse zur Konkursmasse zu leisten.

Die Nachschüsse sind von den Genossen, wenn nicht das Statut ein anderes Beitragsverhältniß festsetzt, nach Köpfen zu leisten.

Beiträge, zu deren Leistung einzelne Genossen unvermögend sind, werden auf die übrigen vertheilt.

Zahlungen, welche Genossen über die von ihnen nach den vorstehenden Bestimmungen geschuldeten Beiträge hinaus leisten, sind ihnen, nachdem die Befriedigung der Gläubiger erfolgt ist, aus den Nachschüssen zu erstatten.

Gegen die Nachschüsse kann der Genosse eine Forderung an die Genossenschaft aufrechnen, sofern die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen er als Konkursgläubiger Befriedigung wegen der Forderung aus den Nachschüssen zu beanspruchen hat.

1. Recht auf Nachschüsse.
2. Vertheilung der Nachschüsse auf die Genossen.
3. Mehrzahlungen über die verlangten Nachschußbeträge.
4. Aufrechnung der Genossen.

1) Abs. 1. Abweichend vom Ges. v. 1868 und von § 197 K.O. soll die Deckung der Gläubiger durch die Genossen nicht außerhalb des K.Verfahrens und nach dessen Erledigung, sondern in dem Verfahren selbst erfolgen. Das **Recht auf Erhebung von Nachschüssen** zu diesem Zwecke ist ein Recht der Genossenschaft, nicht der einzelnen Gläubiger; es ist Bestandtheil der K.Masse und für diese vom K.Verwalter nach §§ 107 ff. geltend zu machen. **RG.** 9. Juli 1890, J.W. 334. Die Nachschußpflicht besteht nach Abs. 1 nur zur Deckung der bei der Schlußvertheilung, § 161 K.O., berücksichtigten Forderungen der K.Gläubiger, also nicht der nicht angemeldeten und der nicht anmeldbaren, § 63 K.O., sondern der festgestellten, sowie der streitigen, absonderungsberechtigten und bedingten Forderungen, je nachdem sie nach den §§ 152 ff. K.O. zu „berücksichtigen" waren und berücksichtigt sind. Die Summe dieser Forderungen und der für das fernere Verfahren noch nöthigen Kosten und zu erwartenden andern Masseschulden nach Abzug der vorhandenen Restmasse bestimmt die Höhe der zu erfordernden Nachschüsse. Die Verpflichtung der Genossen gegenüber der Genossenschaft ist für alle drei Arten der Gen. die gleiche hinsichtlich des Grundsatzes und nur in Betreff der Höhe der Nachschüsse für die Gen. mit beschränkter Haftpflicht beschränkt; eine Haftung den einzelnen Gläubigern gegenüber besteht daneben

Digitized by Google

nur für die Gen. mit unbeschränkter und die Gen. mit beschränkter Haftpflicht, nicht für Gen. mit unbeschränkter Nachschußpflicht, §§ 122, 127, 141.

2) Abs. 2, 3. In die erste Berechnung der **Nachschüsse** sind alle Genossen, auch die unvermögenden mitaufzunehmen und die Beträge auf sie nach Köpfen, soweit nicht das Statut ein anderes Beitragsverhältniß bestimmt, zu **vertheilen,** Abs. 2 u. § 106 Abs. 2; die Beiträge, die wegen Unvermögens ausfallen, sind dann nach gleichem Verhältnisse auf die Uebrigen zu vertheilen. Ob und wieweit ein Genosse als unvermögend anzusehen ist, hat der K.Verwalter nach seiner Ueberzeugung zu bestimmen, vorbehaltlich der Einwendung gegen die Berechnungen, §§ 108, 111; der Nachweis einer fruchtlosen Zwangsvollstreckung ist nicht nöthig.

3) Abs. 4. Zur Beförderung freiwilliger **Mehrzahlungen,** die seitens der Genossen **über die verlangten Nachschußbeträge** geleistet werden, um die Befriedigung der Gläubiger zu beschleunigen, hat die Reichstagskommission den Abs. 4 beigefügt, wonach nach Befriedigung der Gläubiger den Mehrzahlenden die Mehrbeträge aus den Nachschüssen zu erstatten sind. Zu diesem Zwecke ist auch nach Befriedigung der Gläubiger das Nachschußverfahren fortzusetzen. Die Nachschüsse sind dabei auf alle Genossen einschließlich der Mehrzahlenden zu vertheilen. Auf diese Weise wird die Erhebung von Klagen, aus denen eine Ausgleichung unter den Genossen zu erlangen wäre, entbehrlich gemacht.

4) Abs. 5. Abweichend von dem früheren Umlageverfahren, bei dem die **Aufrechnung eines Genossen** überhaupt unzulässig war, R.O.H. 9, 296, **RG. II,** 181, ist diese jetzt gestattet, aber unter wesentlichen Beschränkungen der sonstigen Aufrechnungsbefugnisse. Der Genosse kann nicht aufrechnen, sofern er als K.Gläubiger *aufzurechnen* befugt ist, sondern wenn „die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen er als K.Gläubiger Befriedigung aus den Nachschüssen zu beanspruchen hat." Die erste dieser Voraussetzungen ist also, daß er seine Forderung angemeldet haben muß (abw. § 53 K.O.), und daß er zu den, im Abs. 1 bezeichneten, Gläubigern gehört, da nur unter dieser Voraussetzung K. Gläubiger Anspruch auf Nachschußbefriedigung haben. Er muß ferner zur Zeit der Aufrechnung einen Anspruch auf *Befriedigung* haben (Abs. 5), nicht bloß auf Berechnungsberücksichtigung behufs der Zurückbehaltung, §§ 152 ff. K.O. und (abw. § 54 K.O.), namentlich auch nicht bloß auf Sicherung für eine aufschiebend bedingte Forderung. Von den Vorschriften des § 55 K.O. kommt Nr. 1 nicht in Betracht, da die Nachschußpflicht nicht erst nach der K.Eröffnung, sondern schon mit der Mitgliedschaft (Eintragung in die gerichtliche Liste, § 15) entsteht; Nr. 2 bleibt mit Rücksicht auf die ratio legis (par conditio) und die Voraussetzung im Abs. 5 § 105 als Beschränkung für jede K.Aufrechnung anwendbar; ebenso Nr. 3.

§ 106. Der Konkursverwalter hat sofort, nachdem die Bilanz auf der Gerichtsschreiberei niedergelegt ist (Konkursordnung § 124), zu berechnen, wieviel zur Deckung des in der Bilanz bezeichneten Fehlbetrages die Genossen vorschußweise beizutragen haben.

In der Berechnung (Vorschußberechnung) sind die sämmtlichen Genossen namentlich zu bezeichnen und auf sie die Beiträge zu vertheilen. Die Höhe der Beiträge ist jedoch derart zu bemessen, daß durch ein vorauszusehendes Unvermögen einzelner Genossen zur Leistung von Beiträgen ein Ausfall an dem zu deckenden Gesammtbetrage nicht entsteht.

Die Berechnung ist dem Konkursgerichte mit dem Antrage einzureichen, dieselbe für vollstreckbar zu erklären. Wird das Genossenschaftsregister nicht bei dem Konkursgericht geführt, so ist dem Antrage eine beglaubigte Abschrift des Statuts und der Liste der Genossen beizufügen.

Berechnung der Beiträge | 2. Antrag auf Vollstreckbarkeitserklärung.

1) Der *K.Verwalter* hat in allen Fällen die **Berechnung** und Einziehung der seitens der Genossen zu leistenden **Beiträge** zu veranlassen, zunächst die provisorische

Digitized by Google

Vorſchußberechnung über die vorſchußweiſe in Gemäßheit der Bilanz (§ 106 Abſ. 1) erforderlichen Beträge, worüber die §§ 106 bis 112 beſtimmen, dann die im Laufe des Verfahrens etwa nöthig werdenden Zuſatzberechnungen, § 113, und ſchließlich die zur Ergänzung oder Berichtigung bei der Schlußvertheilung nöthige ſ. g. Nachſchußberechnung, §§ 114, 115. Das geſammte Verfahren betrifft die Feſtſtellung und Einziehung der nöthigen Nachſchüſſe im Sinne des § 105. Der „Nachſchuß" in §§ 114, 115 hat die vom § 105 abweichende Bedeutung des ſchließlichen Ergänzungsbetrages. — In die Vorſchußberechnung iſt zwar die Vertheilung auch unter den unvermögenden Genoſſen mit aufzunehmen, Anm. 2 § 105. Indeß ſind die Beiträge nach Abſ. 2 ſo hoch zu bemeſſen, daß möglichſt nicht ſofort durch den Wegfall vorausſichtlich unvermögender Genoſſen wieder eine Zuſatzberechnung nöthig wird, wenngleich dabei die Summe der berechneten Beiträge höher ſein muß, als die nach Abſ. 2 nöthige Deckungsſumme. — Zu berückſichtigen iſt auch die Mithaftung des Genoſſen, der unter Uebertragung ſeines Geſchäftsguthabens an einen Anderen ausgeſchieden iſt, für die von dieſem nicht beizutreibenden Nachſchüſſe, § 76. Vgl. § 128.

2) Abſ. 3. Wird das Gen.Regiſter bei dem K.Gerichte geführt, ſo ſind dieſem Statut und Genoſſen-Liſte (§ 15) bekannt; es braucht alſo nur die Berechnung mit dem **Antrage** auf **Vollſtreckbarkeitserklärung** eingereicht zu werden. Andernfalls, wie früher in Bayern, wo das Regiſter bei den Landgerichten geführt wurde, ſind ſie in beglaubigter Abſchrift dem Antrage beizufügen; die Beglaubigung bewirkt ſachgemäß der Gerichtsſchreiber des Regiſter-Gerichts.

§ 107. Zur Erklärung über die Berechnung beſtimmt das Gericht einen Termin, welcher nicht über zwei Wochen hinaus anberaumt werden darf. Derſelbe iſt öffentlich bekannt zu machen; die in der Berechnung aufgeführten Genoſſen ſind beſonders zu laden.

Die Berechnung iſt ſpäteſtens drei Tage vor dem Termine auf der Gerichtsſchreiberei zur Einſicht der Betheiligten niederzulegen. Hierauf iſt in der Bekantmachung und den Ladungen hinzuweiſen.

Für die öffentliche Bekanntmachung und die beſonderen Ladungen ſind die §§ 76, 77 K.O. anwendbar. Eine beſondere Ladung des K.Verwalters und des Gl.Ausſchuſſes iſt nicht beſtimmt, vgl. § 76 Abſ. 3 K.O. Die Friſt in Abſ. 1 iſt von der Einreichung der Berechnung an zu rechnen; ſie unterliegt, da das Verfahren ein Theil des K.Verfahrens iſt, den §§ 222, 224 C.P.O., §§ 187, 188 B.G.B.; die Friſt des Abſ. 2 iſt dadurch zu wahren, daß zwiſchen dem Tage der Niederlegung und dem Terminstage drei Tage liegen.

§ 108. In dem Termin ſind Vorſtand und Aufſichtsrath der Genoſſenſchaft, ſowie der Konkursverwalter und der Gläubigerausſchuß und, ſoweit Einwendungen erhoben werden, die ſonſt Betheiligten zu hören.

Das Gericht entſcheidet über die erhobenen Einwendungen, berichtigt, ſoweit erforderlich, die Berechnung oder ordnet die Berichtigung an und erklärt die Berechnung für vollſtreckbar. Die Entſcheidung iſt in dem Termine oder in einem ſofort anzuberaumenden Termine, welcher nicht über eine Woche hinaus angeſetzt werden ſoll, zu verkünden. Die Berechnung mit der ſie für vollſtreckbar erklärenden Entſcheidung iſt zur Einſicht der Betheiligten auf der Gerichtsſchreiberei niederzulegen.

Gegen die Entſcheidung findet ein Rechtsmittel nicht ſtatt.

1. Einwendungen.
2. Entſcheidung darüber.
3. Ausſchluß der Beſchwerde.

1) Vorſtand, Aufſichtsrath und Gläubigerausſchuß können **Einwendungen** erheben; auch die ſonſt Betheiligten, d. h. die Genoſſen, wie im § 111 vorausgeſetzt iſt. Jeder an

Digitized by Google

der Berechnung betheiligte Genosse kann, seinen Rechten und Interessen entsprechend, gegen die Berechnung Einwendungen erheben, sowohl deshalb, weil die allgemeinen Grundlagen der Berechnung (Bilanz, Aktivmasse, Schulden, Zahlungsfähigkeit, Höhe der Beiträge, vgl. § 105) unrichtig angenommen sind, als auch deshalb, weil er selbst als Beitragspflichtiger überhaupt oder in einem zu hohen Betrage oder ein Anderer nicht oder in einem zu geringen Betrage berücksichtigt ist. Die Einwendungen müssen in dem Termine, also persönlich oder durch einen Bevollmächtigten, geltend gemacht werden (vgl. § 162 K.O.), da der Termin zur Erklärung dienen soll (§ 107, vgl. auch § 111); andernfalls sind sie für die Vollstreckbarkeitserklärung der Berechnung, und nach § 111 außer dem Falle einer unverschuldeten Unterlassung auch für die Klage auf Anfechtung der Berechnung ausgeschlossen. Diese Klage ist zugelassen, um nicht durch die Entscheidung des Konkursgerichts die Geltendmachung berechtigter Einwendungen vor dem Prozeßgerichte im Instanzenzuge abzuschneiden, und um andererseits die Entscheidungen des K.Gerichts einschließlich der Vollstreckbarkeitserklärung zur Vermeidung eines Aufschubes für die Ausführung für unanfechtbar erklären zu können. — Absicht des Gesetzes ist offenbar, daß „in dem Termine" unbedingt nur die im Termine Erschienenen zu hören sind. Indeß ist der Richter nach § 75 K.O. befugt, Ermittelungen auch durch Anhörung nicht Erschienener zu veranlassen und dazu oder aus anderen Gründen den Termin zu vertagen, wozu namentlich das Verlangen der Aufnahme anderer Genossen Anlaß geben mag.

2) Die **Bestätigung** der eingereichten Berechnung, die auch ohne Einwendungen zu prüfen ist, die **Entscheidung** über Einwendungen, die Berichtigung und die Vollstreckbarkeitserklärung für die eingereichte oder berichtigte Berechnung erfolgt durch Beschlüsse, die je nach den Umständen gesondert oder vereinigt zu erfolgen haben und im Termine oder in einem vertagten Termine zu verkünden sind. Eine Zustellung der Entscheidungen ist ebenso wie in den Fällen der §§ 182—185 K.O. außer der Verkündung nicht nöthig.

3) **Abs. 3 schließt die Beschwerde** gegen alle nach Abs. 2 zu treffenden Entscheidungen **aus**, jedoch nicht gegen die Ablehnung einer Entscheidung und nicht die Disziplinarbeschwerde wegen Verzögerung.

§ 109. Nachdem die Berechnung für vollstreckbar erklärt ist, hat der Konkursverwalter ohne Verzug die Beiträge von den Genossen einzuziehen.

Die Zwangsvollstreckung gegen einen Genossen findet in Gemäßheit der Civilprozeßordnung auf Grund einer vollstreckbaren Ausfertigung der Entscheidung und eines Auszuges aus der Berechnung statt.

Für die in den Fällen der §§ 731, 767, 768 der Civilprozeßordnung zu erhebenden Klagen ist das Amtsgericht, bei welchem das Konkursverfahren anhängig ist, und, wenn der Streitgegenstand zur Zuständigkeit der Amtsgerichte nicht gehört, das Landgericht ausschließlich zuständig, zu dessen Bezirke der Bezirk des Konkursgerichts gehört.

1) Die vollstreckbare Ausfertigung der Vollstreckbarkeitserklärung, § 107, mit dem Auszuge aus der vollstreckbar erklärten Berechnung zu verbinden, ertheilt der Gerichtsschreiber des K.Gerichts; sie ist nach § 750 C.P.O. zuzustellen. Entsprechend dem Abs. 2 u. 3 sind zur einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung auch die §§ 769, 770 der C.P.O. anwendbar, vgl. § 112 Abs. 4; ebenso ist § 766 C.P.O. anwendbar. — Zu Abs. 3 vgl. Anm. 7 zu K.O. § 146 Abs. 2.

§ 110. Die eingezogenen Beträge sind bei der von der Gläubigerversammlung bestimmten Stelle (Konkursordnung § 132) zu hinterlegen oder anzulegen.

1) Ueber Hinterlegung und Anlegung vgl. Anm. 6 zu § 129 und Anm. 1 zu § 132 K.O. Ueber die Verpflichtung des Gl.Ausschusses zur Ueberwachung des Verwalters vgl.

Digitized by Google

Anm. 9 zu § 88 K.O. Die Vorschrift weist darauf hin, daß die Beträge von der K.Masse getrennt bleiben, zu Vertheilungen im Konkurse nicht verwendet, sondern zur Nachtragsvertheilung des § 115 aufbewahrt werden sollen. Dafür, ob zu hinterlegen oder anzulegen ist, ist K.O. § 132 nicht maßgebend.

§ 111. Jeder Genosse ist befugt, die für vollstreckbar erklärte Berechnung im Wege der Klage anzufechten. Die Klage ist gegen den Konkursverwalter zu richten. Sie findet nur binnen der Nothfrist eines Monats seit Verkündung der Entscheidung und nur insoweit statt, als der Kläger den Anfechtungsgrund in dem Termine (§ 107) geltend gemacht hat oder ohne sein Verschulden geltend zu machen außer Stande war.

Das rechtskräftige Urtheil wirkt für und gegen alle beitragspflichtigen Genossen.

1. Klagegrund. | 2. Klagefrist. | 3. Wirkung des Urtheils.

1) Die Anfechtungsklage ist Feststellungsklage, sie kann ihren **Klagegrund** nur in der den Einwendungen des Klägers entsprechenden Verletzung seiner Rechte durch die vollstreckbar erklärte Berechnung haben, daß nämlich die ihm beigemessene Verpflichtung nicht oder nicht in vollem Maße begründet ist und er zu den bemessenen Beiträgen nicht oder nur in geringerer Höhe, entsprechend den zu erhebenden Einwendungen, verpflichtet ist. Die Klage richtet sich daher auf die Beseitigung des durch die Berechnung für die Genossenschaft behaupteten Beitragsrechts, und die Anträge haben diesem zu entsprechen. Sie können, so lange der Berechnung nach keine praktische Folge gegeben und die Einziehung von Beiträgen noch nicht veranlaßt ist, sich auf den feststellungsartig wirkenden Ausspruch beschränken, daß die Berechnung gegen den Kläger nicht, oder nur in bestimmtem geringeren Maße vollstreckbar ist, **RG. 14**, 90; gegenüber etwaigen Zwangsvollstreckungsmaßregeln sind die Anträge auf deren Aufhebung oder auf Rückzahlung etwa gezahlter Beträge zu richten oder im Falle der C.P.O. § 268 Nr. 2, 3 auszudehnen. Der K.Verwalter vertritt als Gegner den G.Schuldner, nämlich die Genossenschaft in Ansehung ihres Rechtes auf die Nachschußverpflichtung. Wird dies Recht vom Kläger bestritten, weil er nicht Mitglied der Gen. sei, so hat der K.Verwalter zu beweisen, daß der Kläger Genosse geworden ist, **RG. 14**, 91, 92; der Kläger dagegen seine etwaige Behauptung, daß er ausgetreten sei. Gründet sich die Einwendung darauf, daß noch Andere als Genossen mit heranzuziehen sind, so kann der K.Verwalter diesen mit der Wirkung der §§ 68, 74 C.P.O. den Streit verkünden. Der Anfechtungsgrund muß den im Termine erhobenen Einwendungen entsprechen, abgesehen von dem (vom Kläger zu beweisenden) Ausnahmefalle, daß der Kläger den Anfechtungsgrund im Termine ohne sein Verschulden geltend zu machen außer Stande war.

2) Die **Klage ist binnen der Nothfrist eines Monats** anzustellen. Vgl. §§ 222 ff. C.P.O., § 188 B.G.B. Gegen die Versäumung der Nothfrist ist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach §§ 233 ff. C.P.O. zulässig; nur auf diesem Wege können sich diejenigen schützen, die, weil sie in Wirklichkeit nicht Mitglieder der Genossenschaft sind, keinen Anlaß hatten, an dem Verfahren über die Berechnung theil zu nehmen und erst durch die Vollstreckung davon Kenntniß erhalten. Die Urtheile im Prozesse unterliegen den Rechtsmitteln und der Wiederaufnahmeklage der C.P.O. Rechtsunkenntniß ist unter Umständen kein Verschulden i. S. des § 582 C.P.O.; vgl. **RG. 50**, 127, 133.

3) **Das** auf die Feststellungsklage des Abs. 1 ergangene **Urtheil wirkt** für und gegen alle beitragspflichtigen Genossen (Abs. 2). Die Interessen *aller* beitragspflichtigen Genossen wurden ja gegenüber der Feststellungsklage vom K.Verwalter vertreten. Als beitragspflichtige Genossen des Abs. 2 sind nur diejenigen anzusehen, die in der Berechnung bezeichnet sind, nicht aber diejenigen, die auf Grund von Einwendungen neu herangezogen werden sollen (vgl. über deren Betheiligung am Rechtsstreite Anm. 1). Den in der Be-

Digitized by Google

rechnung bezeichneten beitragspflichtigen Genossen kann mit Rücksicht auf Abs. 2 der Beitritt gemäß §§ 66 ff. C.P.O. nicht versagt werden.

§ 112. Die Klage ist ausschließlich bei dem Amtsgerichte zu erheben, welches die Berechnung für vollstreckbar erklärt hat. Die mündliche Verhandlung erfolgt nicht vor Ablauf der bezeichneten Nothfrist. Mehrere Anfechtungsprozesse sind zur gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden.

Uebersteigt der Streitgegenstand eines Prozesses die sonst für die sachliche Zuständigkeit der Amtsgerichte geltende Summe, so hat das Gericht, sofern eine Partei in einem solchen Prozesse vor der Verhandlung zur Hauptsache darauf anträgt, durch Beschluß die sämmtlichen Streitsachen an das Landgericht, in dessen Bezirke es seinen Sitz hat, zu verweisen. Gegen diesen Beschluß findet die sofortige Beschwerde statt. Die Nothfrist beginnt mit der Verkündung des Beschlusses.

Ist der Beschluß rechtskräftig, so gelten die Streitsachen als bei dem Landgerichte anhängig. Die im Verfahren vor dem Amtsgerichte erwachsenen Kosten werden als Theil der bei dem Landgerichte erwachsenen Kosten behandelt und gelten als Kosten einer Instanz.

Die Vorschriften der Civilprozeßordnung §§ 769, 770 über die Einstellung der Zwangsvollstreckung und die Aufhebung der Vollstreckungsmaßregeln finden entsprechende Anwendung.

1. Ausschließlicher Gerichtsstand.
2. Streitgenossenschaft im Falle der Verbindung und Klagehäufung.
3. Verweisung an das Landgericht.
4. Einstellung u. Aufhebung der Zwangsvollstreckung.

1) Auch dann, wenn der Streitgegenstand mehr als 300 Mark beträgt, ist die Klage bei dem **Amtsgerichte** als **dem ausschließlichen Gerichtsstande** (Abs. 1) zu erheben, und ist *nur auf den Antrag* einer Partei gemäß Abs. 2 an das übergeordnete Landgericht zu verweisen.

2) Sowohl im Falle der Verbindung der Anfechtungsprozesse mehrerer Genossen, als auch dann, wenn mehrere gemeinschaftlich klagen, sind dieselben selbständige **Streitgenossen** im Sinne der §§ 60, 61 C.P.O.; die Entscheidung kann gegenüber den Einzelnen verschieden sein, wenngleich der Umstand, daß gleiche Anfechtungsgründe hinsichtlich der, alle Genossen betreffenden, Grundlagen der Berechnung geltend gemacht werden, dazu führen kann, daß in Betreff solcher Gründe deren Beurtheilung allen Genossen gegenüber die gleiche ist.

3) Abs. 2 über die **Verweisung** der Streitsachen **an das übergeordnete Landgericht** betrifft sowohl den Fall eines einzigen Anfechtungsprozesses, als die Verbindung mehrerer. Die Abs. 2 und 3 sind nur anwendbar, wenn der Streitgegenstand *eines* Prozesses die Summe von 300 M. übersteigt; ob die Summe aller Streitgegenstände mehr beträgt, ändert an der Zuständigkeit des Amtsgerichts nichts. Gegen den Verweisungsbeschluß ist — abweichend von § 506 C.P.O. — die sofortige Beschwerde zulässig. *Nach Rechtskraft des Verweisungsbeschlusses besteht die Zuständigkeit des Landgerichts auch für alle später*, wenngleich selbst nach der Nothfrist des § 111, *angestellten Klagen*, so daß ihnen, wenn sie gleich bei dem Landgerichte erhoben werden, jedenfalls nicht Unzuständigkeit entgegengesetzt werden kann, RG. 32, 395.

4) Gemäß Abs. 4 sollen die §§ 769, 770 C.P.O. über die Einstellung und Aufhebung von Vollstreckungsmaßregeln auf Grund *materieller* Einwendungen entsprechende Anwendung finden. Einwendungen *gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung* (oder das Verfahren des Gerichtsvollziehers dabei) sind nicht durch

Digitized by Google

Klage, sondern gemäß § 766 C.P.O. geltend zu machen, RG. 3. Mai 1884, RassK. 28, 1164; 30. Nov. 1889, J.M. 515.

§ 113. Soweit in Folge des Unvermögens einzelner Genossen zur Leistung von Beiträgen der zu deckende Gesammtbetrag nicht erreicht wird, oder in Gemäßheit des auf eine Anfechtungsklage ergehenden Urtheils oder aus anderen Gründen die Berechnung abzuändern ist, hat der Konkursverwalter eine Zusatzberechnung aufzustellen. Rücksichtlich derselben kommen die Vorschriften in §§ 105 bis 112 zur Anwendung.

Die Aufstellung einer Zusatzberechnung ist erforderlichenfalls zu wiederholen.

Die **Zusatzberechnung** ist die durch Ausfälle bei Einziehung der Beiträge der Vorschußberechnung oder sonst durch eine auf die Anfechtungsklage oder aus andern Gründen nothwendig gewordene Aenderung der Vorschußberechnung. Die anderen Gründe, aus denen sich die Abänderung der Vorschußberechnung nöthig zeigt, richten sich nach der konkreten Sachlage. Sie werden hauptsächlich darin bestehen, daß sich die Aktivmasse oder die Schulden anders herausstellen, als bei der Aufstellung der Bilanz, § 106, angenommen wurde oder daß ein Rechnungsfehler in der Berechnung entdeckt ist. Maßgebend ist, ob eine Aenderung nöthig ist, um den Zweck der Deckung der Gläubiger zu erreichen, soweit dafür Beiträge verlangt werden können. Das K.Gericht kann den Verwalter gemäß §§ 83, 84 bei pflichtwidriger Unterlassung zur Aufstellung der Zusatzberechnung anhalten; wenn der Verwalter sie als nothwendig einreicht, ist das Verfahren nach §§ 106 ff. einzuleiten. Für die Vollstreckbarkeitserklärung und die Anfechtung der Zusatzberechnungen gilt das zu den §§ 106—112 Bemerkte. Einwendungen, die gegen die erste Vorschußberechnung nicht erhoben oder bei der Verhandlung über diese (§ 108) oder auf die erhobene Anfechtungsklage (§ 111) verworfen sind, sind deshalb (gegen die früheren Auflagen) bei der Zusatzberechnung nicht ausgeschlossen; denn bei der Verhandlung, bei der Entscheidung über die Vollstreckbarkeit und in dem Prozesse handelt es sich immer nur um die gerade vorliegende Berechnung.

§ 114. Sobald mit dem Vollzuge der Schlußvertheilung (Konkursordnung § 61) begonnen wird, hat der Konkursverwalter in Ergänzung oder Berichtigung der Vorschußberechnung und der zu derselben etwa ergangenen Zusätze zu berechnen, wieviel die Genossen in Gemäßheit des § 105 an Nachschüssen zu leisten haben.

Die Berechnung (Nachschußberechnung) unterliegt den Vorschriften in §§ 106 bis 109, 111 bis 113, der Vorschrift im § 106 Absatz 2 mit der Maßgabe, daß auf Genossen, deren Unvermögen zur Leistung von Beiträgen sich herausgestellt hat, Beiträge nicht vertheilt werden.

Mit dem Vollzuge der Schlußvertheilung ist im Sinne dieser Vorschrift begonnen, sobald das Gericht zu dem Vollzuge nach Abhaltung des Schlußtermins (§ 162) seine Genehmigung ertheilt hat (§ 161). Dann ist die genügende Unterlage für die Aufstellung der Nachschußberechnung gegeben; eine Zögerung des Verwalters in der Auszahlung oder der Gläubiger in der Empfangnahme der ihnen zustehenden Beträge kann die Verpflichtung des Verwalters nicht aufschieben. Daß eine völlige Genauigkeit der Berechnung nicht verlangt werden kann, zeigt die Vorschrift des § 115 Abs. 3 über die Rückzahlung der nicht erforderlichen Ueberschüsse. Die Abgrenzung zwischen der Schlußvertheilung gegen diejenige Nachtragsvertheilung, die eine Folge nachträglicher Ermittelung von Gegenständen der K.Masse ist (Anm. 1 zu § 166), kommt hier nicht in Betracht. Die Vertheilung der Nachschüsse ist immer eine Nachtragsvertheilung (§ 115),. Die Vorschrift des § 110 ist im Abs. 2 deshalb nicht für anwendbar erklärt, weil nunmehr die Nachschüsse nicht mehr von

Digitized by Google

den etwa nachträglich ermittelten Gegenständen der K.Masse getrennt gehalten zu werden brauchen, vielmehr mit diesen zusammen den Gegenstand der Nachtragsvertheilung bilden können. Die Hinterlegung oder Anlegung der anzusammelnden Nachschüsse ist doch nicht ausgeschlossen. Die Anwendung des § 113 führt dazu, daß Zusatzberechnungen zur Nachschußberechnung vorgenommen werden können.

§ 115. Der Verwalter hat, nachdem die Nachschußberechnung für vollstreckbar erklärt ist, unverzüglich den gemäß § 110 vorhandenen Bestand und, so oft von den noch einzuziehenden Beiträgen hinreichender Bestand eingegangen ist, diesen im Wege der Nachtragsvertheilung (Konkursordnung § 166) unter die Gläubiger zu vertheilen.

Außer den Antheilen auf die im § 168 der Konkursordnung bezeichneten Forderungen sind zurückzubehalten die Antheile auf Forderungen, welche im Prüfungstermine von dem Vorstande ausdrücklich bestritten worden sind. Dem Gläubiger bleibt überlassen, den Widerspruch des Vorstandes durch Klage zu beseitigen. Soweit der Widerspruch rechtskräftig für begründet erklärt wird, werden die Antheile zur Vertheilung unter die übrigen Gläubiger frei.

Die zur Befriedigung der Gläubiger nicht erforderlichen Ueberschüsse hat der Konkursverwalter an die Genossen zurückzuzahlen.

1. Nachtragsvertheilung.
2. Zurückbehaltung der Antheile.
3. Zurückzahlung.

1) Für die **Nachtragsvertheilung** gilt das zu § 166 K.O. Anm. 5—7 Bemerkte. Die Vorschrift des § 166 ist auch insofern, als sie die Anordnung des K.Gerichts vorschreibt, zu beachten. Abs. 1 zieht § 166 ohne Beschränkung an. A.M. Oetker 1, 426. Am wichtigsten aber ist es, daß die Vertheilung der Nachschüsse auf Grund des Schlußverzeichnisses der Gläubiger vorzunehmen, der Kreis der zu berücksichtigenden Gläubiger also abgeschlossen ist. Diese Nachtragsvertheilung ist nach dem Gesetze als regelmäßiger Theil des K.Verfahrens gedacht, insofern abweichend von §§ 162, 163, 166; die K.Aufhebung ist daher erst nach deren endgültigen Anordnung auszusprechen. Parisius-Crüger zu § 116. Darauf weist auch § 116 hin, nach dem das Verfahren auch nach Beginn der Schlußvertheilung eingestellt werden kann. A.M. Oetker 1, 427; Kohler S. 444.

2) Für die **Zurückbehaltung** kommt außer den Vorschriften des § 168 K.O. noch die besondere Vorschrift des Abs. 2 zur Anwendung. Hat der Vorstand (vgl. § 141 K.O.) im Prüfungstermine eine Forderung bestritten, so hat dies, abweichend von §§ 144, 152 K.O., den Einfluß, daß auch dann, wenn K.Verwalter und andere Gläubiger nicht bestreiten, auf die Forderung nichts auszuzahlen ist, sondern die Antheile darauf zurückzubehalten sind, selbst ohne Rücksicht darauf, ob die Forderung mit einem Titel im Sinne des § 146 Abs. 6 versehen ist. Die Klage auf Beseitigung dieses Widerspruchs ist vom Gläubiger gegen den Vorstand, nicht gegen den Verwalter zu richten. Das Urtheil wirkt für und gegen alle Genossen, auch hinsichtlich der von den Gläubigern gegen sie geltend gemachten Haftpflicht, vgl. § 122 Abs. 4, § 141. Der Widerspruch einzelner Genossen im Termine hat auf die Zahlung und Zurückbehaltung keinen Einfluß. Die einzelnen nachschußpflichtigen Genossen können aber im Prozesse interveniren, bei Gen. mit (unbeschränkter oder beschränkter) Haftpflicht gegenüber den Gläubigern mit den Rechten aus § 69 C.P.O., bei Gen. mit unbeschränkter Nachschußpflicht, deren Genossen keine Haftpflicht den Gläubigern gegenüber haben, gemäß §§ 66, 67 C.P.O. Hinsichtlich anderer Gläubiger gilt für den Ausschluß ihres Widerspruchs und damit ihres Interventionsrechts dasselbe, wie bei andern Konkursen, vgl. § 106 Abs. 1 und Anm. 4 zu § 145, Anm. 2 zu § 146 K.O. A.M. Mot. 124 und Oetker 1, 429.

Digitized by Google

3) Die Zurückzahlung der Ueberschüsse erfolgt an diejenigen Genossen, durch deren Beiträge die Ueberschüsse entstanden sind, also, wenn alle Genossen gleichmäßig beigetragen haben, an alle nach Köpfen; wenn in Folge des Unvermögens einzelner Genossen deren Beiträge von anderen aufgebracht worden sind, an diese, und zwar, wenn das Unvermögen einzelner Genossen erst bei einer Zusatz- oder Nachschußberechnung hervorgetreten ist, immer zuerst an die Genossen, von denen bis zuletzt Beiträge gezahlt worden sind, bis deren Beiträge durch die Zurückzahlung auf gleiche Höhe mit den Beiträgen anderer hinuntergebracht sind, und so fort. Diese Art der Rückzahlung entspricht allein dem im § 105 über die Rückzahlung freiwillig geleisteter höherer Beiträge gegebenen Grundsatze. Hatten die Genossen nicht nach Köpfen beizutragen (§ 105 Abs. 2), so ist die richtige Anwendung dieser Grundsätze leicht zu finden. Die Rückzahlung soll nur die übermäßig in Anspruch genommene Nachschußpflicht auf das richtige Maß zurückführen. Abweichend verlangt Parisius, daß die Ueberschüsse lediglich nach Verhältniß der geleisteten Beiträge zurückgezahlt werden sollen.

§ 116. Eine Aufhebung des Konkursverfahrens durch Zwangsvergleich findet nicht statt.

Eine Einstellung des Verfahrens ist erst zulässig, nachdem mit dem Vollzuge der Schlußvertheilung begonnen ist. Die Zustimmung aller bei der letzteren berücksichtigten Konkursgläubiger ist beizubringen. Inwieweit es der Zustimmung oder der Sicherstellung von Gläubigern bedarf, deren Forderungen nicht festgestellt sind, entscheidet das Konkursgericht nach freiem Ermessen.

Für die **Einstellung** sind die Anm. zu §§ 202 ff. K.O. mit den in Abs. 2 bestimmten Modifikationen anwendbar. Die Aufhebung des Konkurses erfolgt durch die öffentliche Bekanntmachung des Einstellungsbeschlusses. Vgl. Anm. zu § 205 K.O. Damit hört die Thätigkeit des Verwalters auf; die fernere Befriedigung der Gläubiger ist dann Sache der Gen. und ihrer zu diesem Zwecke noch ferner fungirenden Organe, vgl. Anm. zu § 101.

§ 117. Der Vorstand ist verpflichtet, den Konkursverwalter bei den diesem in § 106 Absatz 1, § 109 Absatz 1, §§ 113, 114 zugewiesenen Obliegenheiten zu unterstützen.

Gegen die Vorstandsmitglieder und die Liquidatoren (§ 118) sind ebenso, wie bei Aktiengesellschaften, vgl. Anm. zu § 208 K.O., die §§ 100, 101, 125 K.O. anwendbar.

§ 118. Die in diesem Abschnitte hinsichtlich des Vorstandes getroffenen Bestimmungen gelten auch hinsichtlich der Liquidatoren.

Achter Abschnitt.
Besondere Bestimmungen.

I. Für Genossenschaften mit unbeschränkter Haftpflicht.

§ 119. Bei Genossenschaften mit unbeschränkter Haftpflicht darf ein Genosse nicht auf mehr als einen Geschäftsantheil betheiligt sein.

Geschäftsantheil muß für alle Genossen gleich bemessen sein.

§ 120. Die Beitrittserklärungen (§ 15) müssen die ausdrückliche Bemerkung enthalten, daß die einzelnen Genossen für die Verbindlichkeiten der Genossenschaft dieser, sowie unmittelbar den Gläubigern derselben nach Maßgabe des Gesetzes mit ihrem ganzen Vermögen haften.

1 Gegensatz zu Gen. mit unbeschr. Nachschußpflicht. | 2. Beitrittserklärung; Inhalt.

Digitized by Google

1) Im **Gegensatze zu den Gen. mit unbeschränkter Nachschußpflicht** ist die Rechtsstellung dadurch charakterisirt, daß die Genossen mit unbeschränkter Nachschußpflicht nicht den Gläubigern unmittelbar, sondern nur der Genossenschaft gegenüber verpflichtet sind, während die Genossen mit unbeschränkter Haftpflicht in voller Höhe der Schulden und die mit beschränkter Haftpflicht bis zur Höhe einer bestimmten Summe auch den Gläubigern gegenüber unmittelbar haften. Zur Regelung dieser Haftpflicht dienen die §§ 122—125, 141.

2) Die **Beitrittserklärung** und die auf Grund dieser erfolgte Eintragung in die gerichtliche Liste der Genossen bedingen die Mitgliedschaft (§ 15). Damit jeder, der einer Genossenschaft mit unbeschränkter Haftung beitreten will, sich dieser Haftung gegenüber der Genossenschaft und deren Gläubigern klar wird, verlangt § 120, daß die Art der Haftung genau in den **Inhalt** der Beitrittserklärung aufgenommen wird. Geschieht dies nicht, so ist die Erklärung und die Eintragung unwirksam.

§ 121. Sobald sich bei der Geschäftsführung ergiebt, daß das Vermögen der Genossenschaft einschließlich des Reservefonds und der Geschäftsguthaben zur Deckung der Schulden nicht ausreicht, hat der Vorstand die Generalversammlung zur Beschlußfassung, ob die Genossenschaft aufgelöst werden soll, zu berufen.

Für den Fall, daß die Auflösung beschlossen wird, ist zugleich die im § 104 vorgesehene Beschlußfassung herbeizuführen.

Wird in Gemäßheit des Abs. 1 die Auflösung und nicht die Einziehung des Fehlbetrages durch Beiträge beschlossen, so liegt zugleich der Fall des § 99 vor, wonach der Vorstand die K.Eröffnung beantragen muß.

§ 122. Im Falle des Konkursverfahrens sind neben der Genossenschaft die einzelnen Genossen solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen den Konkursgläubigern für den Ausfall verhaftet, welchen diese an ihren bei der Schlußvertheilung (Konkursordnung § 161) berücksichtigten Forderungen bei derselben erleiden.

Nach Ablauf von drei Monaten seit dem Termine, in welchem die Nachschußberechnung für vollstreckbar erklärt ist, können die Gläubiger, soweit sie bisher nicht befriedigt sind, die einzelnen Genossen in Anspruch nehmen.

Festgestellte Forderungen, welche im Prüfungstermine von dem Vorstande oder den Liquidatoren nicht ausdrücklich bestritten sind, können auch von den in Anspruch genommenen Genossen nicht bestritten werden.

Das rechtskräftige Urtheil, welches in dem Prozeß über eine im Prüfungstermine von dem Vorstande oder den Liquidatoren bestrittene Forderung für oder gegen dieselben ergeht, wirkt gegenüber allen Genossen.

In Ansehung einer im Konkursverfahren streitig gebliebenen Forderung kann, solange dieselbe nicht festgestellt ist, eine Verurtheilung der Genossen nicht erfolgen.

1. Haftpflicht der Genossen gegenüber den Gläubigern.
2. Aufschub und Art der Verfolgung.
3. Festgestellte Forderungen.
4. Durch Vorstand oder Liquidatoren bestrittene Forderungen.
5. Streitig gebliebene Forderungen.
6. Feststellung streitig gebliebener Forderungen.
7. Klage gegen Genossen vor der Feststellung.

1) Abs. 1. Die **Haftpflicht der Genossen gegenüber den einzelnen Gläubigern** betrifft dieselben Forderungen, wie die im § 105 Abs. 1 bestimmte Nachschußpflicht, die bei

Digitized by Google

der Schlußvertheilung, K.O. § 161, zur Auszahlung oder Zurückbehaltung berücksichtigten Forderungen, also nicht die im Konkurse nicht angemeldeten und nicht die nicht anmeldbaren, namentlich nicht Zinsen und Kosten des § 63 K.O., nicht die früher gezahlten oder durch Aufrechnung getilgten, nicht die noch absonderungsberechtigten und die werthlosen bedingten Forderungen, §§ 153, 154 K.O., sondern nur den im Konkurse erlittenen Ausfall an jenen berücksichtigten Forderungen. Vgl. RG. 4. April 1895, Rass.K. 39, 1083; J.W. 242. Auch hinsichtlich dieser Forderungen findet nach Abs. 3, 5 die fernere Beschränkung statt, daß sie im Konkurse festgestellt sein müssen und daß sie, wenn vom Vorstande oder von Liquidatoren bestritten, auch diesen oder den in Anspruch genommenen Genossen gegenüber nachzuweisen sind. Dagegen bedeutet Abs. 1 nicht, daß nur die ursprünglichen Gläubiger berechtigt seien; auf Grund ihrer Cession haben ihre Cessionarien dieselben Rechte, RG. 4. April 1895 a. a. O. — Genossen können als K.Gläubiger den Anspruch aus der Haftpflicht erheben, wenn ihr Anspruch nicht auf ihrer Mitgliedschaft an der Gen., sondern auf einem mit dieser nicht verbundenen Gläubigerverhältnisse beruht, RG. 11, 179

2) Abs. 2. Der Anspruch kann **erst nach Ablauf von 3 Monaten** nach der Verkündung der Vollstreckbarkeit der Nachschußberechnung, § 114, erhoben werden, dann aber ohne Rücksicht darauf, ob aus der Nachschußberechnung noch etwas zu erwarten ist. Für keine Forderung ist ein Recht auf Zwangsvollstreckung gegen einen Genossen gegeben; der Grundsatz des § 164 K.O. findet keine Anwendung, da nicht der einzelne Genosse, sondern die Gen. der G.Schuldner ist; der Anspruch muß immer **im ordentlichen Prozeß**, sei es durch Klage oder durch Aufrechnung, geltend gemacht werden.

3) Abs. 3. Die **Feststellung einer Forderung**, die **im Prüfungstermine** vom Verwalter oder von Liquidatoren nicht bestritten ist, bleibt gegen alle Genossen insofern rechtsverbindlich, daß die „Forderung" als Genossenschaftsschuld von einzelnen Genossen nicht bestritten werden darf; dagegen ist durch Abs. 3 keine **Einrede** ausgeschlossen, die das persönliche Rechtsverhältniß des verklagten Genossen zu den Genossenschaftsschulden überhaupt oder zu der eingeklagten besonderen (§§ 125, 141), oder das nachträgliche Erlöschen der Forderung betrifft. Ein gemäß § 111 ergangenes Urtheil kann, da es nicht in einem Prozesse des klagenden Gläubigers ergangen ist, von diesem nicht zu einer exc. rei judicatae benutzt werden.

4) Abs. 4. Ist eine Forderung vom Vorstande oder von Liquidatoren im Prüfungstermine bestritten, so kann sie zur Erreichung der Wirkung als Genossenschaftsschuld gegenüber allen Genossen durch **Prozeß gegen den Vorstand oder die Liquidatoren** verfolgt werden; das ergehende Urtheil wirkt dann gegen und für alle Genossen. Die einzelnen Genossen können in Folge dieser Wirkung als Nebenintervenienten mit den Rechten aus § 69 C.P.O. beitreten. Der Gläubiger kann indeß auch, ohne gegen Vorstand oder Liquidatoren zu klagen, den **einzelnen Genossen verklagen**, wenn die **Forderung** im **Sinne des § 144 K.O. festgestellt** ist; dem Beklagten stehen dann jedoch auch alle Einreden gegen das Bestehen einer Genossenschaftsschuld zu.

5) Abs. 5. Unter den im K.Verfahren **streitig gebliebenen Forderungen** können auch im **Abs. 5** nur die im Sinne des § 144 Abs. 1, § 146 K.O. streitigen, von dem Verwalter oder anderen K.Gläubigern bestrittenen verstanden werden, ohne Rücksicht darauf, ob sie vom Vorstande oder von Liquidatoren bestritten sind, wie die Entgegensetzung dieses Bestreitens gegenüber der Feststellung in Abs. 3 - 5 ergiebt.

6) Die **Feststellung der streitig gebliebenen Forderungen**, d. i. die Feststellung im Sinne des § 144 Abs. 1 K.O., ist eine unumgängliche Voraussetzung für die Verurtheilung eines Genossen. Da gegen die Genossen nur die Forderungen verfolgt werden können, die bei der Vertheilung berücksichtigt worden sind, so kommen von den streitig gebliebenen nur die in Betracht, die einen der im § 146 Abs. 6 K.O. bezeichneten Titel haben oder gemäß § 152 K.O. gegen den Widersprechenden verfolgt und zur Vertheilung gehörig angemeldet worden sind. Soll eine Feststellung der ersten Art gegen einen Genossen verfolgt werden, so muß der Gläubiger die Forderung allenfalls selbst betreiben. Ist für die berücksichtigte Forderung ein zur Hebung gekommener Betrag zurückbehalten,

Digitized by Google

weil sie in Folge des Widerspruchs im Prozeß befangen ist (§ 168), so begegnet die Fortsetzung des Rechtsstreits zum Zwecke der Feststellung in keinem Falle einer Schwierigkeit, da der Verwalter wie der etwa widersprechende andere K.Gläubiger auch nach Beendigung des K.Verfahrens zur Sache interessirt und legitimirt sind (Anm. 6 zu § 165 K.O.) Ist nichts zurückbehalten worden (was nur bei den im § 146 Abs. 6 K.O. bezeichneten Forderungen vorkommen kann, wenn nämlich der widersprechende Verwalter oder K.Gläubiger den Widerspruch nicht verfolgt hat), so wird der Gläubiger nach Beendigung des K.Verfahrens zwar gegen den widersprechenden Gläubiger wegen der Feststellung klagen können, weil der Widerspruch der Feststellung entgegensteht. Aber den Widerspruch des Verwalters kann er dann nicht mehr beseitigen, da dessen Thätigkeit beendigt ist und nur noch für eine vorhandene K.Masse ins Leben gerufen werden kann, § 166 K.O. Die Annahme, daß die Forderung dann ohne vorherige Feststellung gegen die Genossen verfolgt werden könne, widerspricht der ohne Zulassung einer Ausnahme gegebenen Vorschrift des Abs. 5. Die Forderung ist dann ebenso ausgeschlossen wie eine andere streitig gebliebene Forderung, deren rechtzeitige Verfolgung und Anmeldung vor der Schlußvertheilung versäumt worden und die deshalb bei der Schlußvertheilung unberücksichtigt geblieben ist.

7) Da Abs. 5 nur die **Verurtheilung** des Genossen **von der Feststellung** einer streitigen Forderung **abhängig** macht, so kann die **Klage** der Einzelhaftung **schon vor** dem Ausspruche über die **Feststellung** erhoben werden; nöthigenfalls wird demnächst der Prozeß über die Haftpflicht vertagt. Die Abweisung der Klage kann jeder Zeit erfolgen, aber nicht auf Grund des Bestreitens, wohl aber deshalb, weil die Forderung nicht mehr festgestellt werden kann, Anm. 6.

§ 123. Die Klage der Gläubiger gegen die einzelnen Genossen verjährt, sofern nicht nach Beschaffenheit der Forderung eine kürzere Verjährungsfrist gesetzlich eintritt, in zwei Jahren seit Ablauf der im § 122 Abs. 2 bestimmten Frist.

Die Verjährung zu Gunsten eines Genossen wird durch Rechtshandlungen unterbrochen, welche gegen die Genossenschaft oder von derselben vorgenommen werden; sie wird nicht unterbrochen durch Rechtshandlungen, welche gegen einen anderen Genossen oder von demselben vorgenommen werden.

1. § 123 trifft auch ausgeschiedene Genossen und alle K.Forderungen.
2. Beginn der Verjährung.
3. Unterbrechung.

1) Der § 123 betrifft sowohl die Verjährung gegen die in der Gen. verbliebenen Genossen, als auch gegen die **ausgeschiedenen**, soweit diese haften, §§ 125, 141. Die Verjährung betrifft alle K.Forderungen, auch die betagten, da ja nur angemeldete nach § 122 zu berücksichtigen sind.

2) Der **Beginn** der **Verjährungsfrist** ist für alle der Zeitpunkt der Zulässigkeit des Einzelangriffs, vgl. § 122 Abs. 2; nur ist diese Zulässigkeit gegen die gemäß § 125 noch haftenden ausgeschiedenen Genossen im Abs. 1 § 125 um noch 3 Monate weiter, als im § 122 Abs. 2 geschehen, hinausgeschoben.

3) Die **Rechtshandlungen**, die **zur Unterbrechung der Verjährung** geeignet sind, bestimmt das bürgerliche Recht. B.G.B. §§ 208 ff. Nur solche Rechtshandlungen sind im Abs. 2 Satz 1 gemeint, **RG. 23**, 1. Für diesen Abs. 2 Satz 1 kommen die nach § 115 Abs. 2 und § 122 Abs. 4 gegen den Vorstand oder die Liquidatoren zu erhebenden Klagen in Betracht; sind sie vor Beginn der Verjährung erhoben, so unterbrechen sie zwar nicht eigentlich die Verjährung, sie schieben aber so lange, als die Unterbrechung durch Erhebung der Klage wirkt, B.G.B. §§ 211, 212, den Anfang der Verjährung hinaus. Als eine von der Genossenschaft vorgenommene Rechtshandlung ist die Anerkennung, namentlich die Anerkennung einer vorher bestrittenen Forderung anzusehen. Die Vorschrift Abs. 2 Satz 2 stimmt mit B.G.B. § 425 überein.

Digitized by Google

§ 124. Soweit Genossen in Gemäßheit des § 122 Konkursgläubiger befriedigen, treten sie in die Rechte der letzteren gegen die Genossenschaft ein.

Nach den Motiven des Gesetzes soll der § 124 nicht bloß das, was er wörtlich sagt, ausdrücken, sondern auch weiter, daß der befriedigende Schuldner in die Rechte des Gläubigers gegen die Genossen, § 122, nicht eintritt. Vgl. Joël, Parisius-Crüger, Petersen-Kleinfeller. Das kann nicht heißen, der in die Rechte des Gläubigers eintretende Schuldner habe nicht das Recht, aus Nachschüssen der Genossen befriedigt zu werden; denn das Recht, die Nachschüsse einzufordern, ist ein Recht der Genossenschaft. Vgl. § 105 Abs. 4. Dem Schuldner, der den Gläubiger befriedigt, das mit dem Rechte des Gläubigers verbundene Recht gegen die Genossen wegen der Vorschrift des § 124 zu versagen, ist auch nicht unbedenklich. Doch ist dies nur eine Frage des Genossenschaftsrechtes, deren Erörterung an dieser Stelle zu weit führen würde. Daß § 124, wenn er nicht so verstanden würde, überflüssig wäre, läßt sich nach dem Stande des Rechtes zur Zeit des Erlasses des Genossenschaftsgesetzes nicht halten.

§ 125. Die Bestimmungen der §§ 122 bis 124 finden auf die in den letzten zwei Jahren vor der Eröffnung des Konkursverfahrens aus der Genossenschaft ausgeschiedenen Genossen (§§ 70, 76), welche nicht schon in Gemäßheit des § 75 der Haftpflicht unterliegen, wegen der bis zu dem Zeitpunkte ihres Ausscheidens von der Genossenschaft eingegangenen Verbindlichkeiten mit der Maßgabe Anwendung, daß der Anspruch der Gläubiger erst nach Ablauf von sechs Monaten seit dem Termine, in welchem die Nachschußberechnung (§ 114) für vollstreckbar erklärt ist, erhoben werden kann.

Dieser Anspruch erstreckt sich, wenn im Falle des Todes eines Genossen dessen Ausscheiden nach dem im § 77 Absatz 1 bezeichneten Zeitpunkte eingetragen ist, auf die bis zum Tage der Eintragung von der Genossenschaft eingegangenen Verbindlichkeiten, sofern nicht der Erbe beweist, daß bei ihrer Eingehung dem Gläubiger der Tod des Genossen bekannt war.

1. Haftung aller ausgeschiedenen Genossen.
2. Haftung der Erben eines durch Tod ausgeschiedenen Genossen.
3. Bereits eingegangene Verbindlichkeiten.

1) Abs. 1 **betrifft die Haftung aller ausgeschiedenen Genossen,** auch wenn sie nur nach § 77 in Folge Todes ausgeschieden sind. Abs. 2 setzt auch für den letzten Fall den Anspruch voraus und § 75 gilt nach § 77 auch für den Fall des Todes. Nach § 75 gilt das Ausscheiden als (resolutiv bedingt) nicht erfolgt, wenn die Gen. binnen 6 Monaten nach dem Ausscheiden aufgelöst wird; vgl. **RG. 30**, 37; **12**, 56; alsdann sind für den Genossen die §§ 122—124 ebenso wie die §§ 105—112 unbedingt anwendbar. Der § 75 gilt aber nicht für diejenigen, die auf Grund der Uebertragung ihres Geschäftsguthabens an einen Anderen ausgeschieden sind, § 76; diese werden dafür bei der Nachschußberechnung in gewisser Weise mit herangezogen (Anm. 1 zu § 106). Für die ausgeschiedenen Genossen sind nach Abs. 1 die Voraussetzungen ihrer Haftpflicht, daß sie erst in den letzten 2 Jahren vor der K.Eröffnung ausgeschieden sind, und daß sie wegen einer vor ihrem Ausscheiden von der Gen. eingegangenen Verbindlichkeit in Anspruch genommen werden. Die Zulässigkeit der Inanspruchnahme beginnt erst 6 Monate nach der Vollstreckbarkeitserklärung der Nachschußberechnung und von da an läuft auch erst die im § 123 bestimmte Verjährung.

2) Abs. 2. **Im Falle des Todes des Genossen** gilt dieser nach § 77 Abs. 1 mit dem Ablaufe des Geschäftsjahres, in dem der Tod erfolgte, als ausgeschieden; bis dahin

Digitized by Google

wird seine Mitgliedschaft durch seine Erben fortgesetzt. Die Erben können im Laufe dieses Geschäftsjahres den Tod in die Genossenliste eintragen lassen, und in diesem Falle findet Abs. 1 unveränderte Anwendung, da auch in anderen Fällen des Ausscheidens dieses nach § 70 erst mit dem Schlusse des Geschäftsjahres der Eintragung stattfindet. Falls jedoch das Ausscheiden durch Tod erst nach dem Schlusse des Geschäftsjahres des Todes eingetragen ist, erstreckt sich der Umfang der Haftungspflicht nach Abs. 2 auf die bis zum Tage der Eintragung von der Gen. eingegangenen Verbindlichkeiten, sofern nicht der Erbe beweist, daß dem Gläubiger bei ihrer Eingehung der Tod des Genossen bekannt war. Von den bis zum Schluß des Todesjahrs, wenngleich nach dem Tode des Genossen, eingegangenen Verbindlichkeiten wird der Erbe durch einen solchen Nachweis nicht befreit.

3) Zu den **Verbindlichkeiten, die vor dem Ausscheiden** eines Genossen (Abs. 1) oder vor der verspäteten Eintragung des Todes eines Genossen (Abs. 2) eingegangen sind, gehören nicht Verbindlichkeiten, die später eingegangen sind, um ältere Verbindlichkeiten zu decken, **RG. 12**, 57. Wegen der Verbindlichkeiten aus einem Kontokurrentverhältniß vgl. **RG. 10**, 53; **18**, 246; **25**, 11.

II. Für Genossenschaften mit unbeschränkter Nachschußpflicht.

§ 126. Die Bestimmungen des § 119 über die Beschränkung der Betheiligung auf einen Geschäftsantheil und des § 121 über die Berufung der Generalversammlung im Falle der Ueberschuldung finden auf die Genossenschaften mit unbeschränkter Nachschußpflicht Anwendung.

§ 127. Die Beitrittserklärungen (§ 15) müssen die ausdrückliche Bemerkung enthalten, daß die einzelnen Genossen mit ihrem ganzen Vermögen verpflichtet sind, der Genossenschaft die zur Befriedigung der Gläubiger derselben erforderlichen Nachschüsse nach Maßgabe des Gesetzes zu leisten.

Entsprechend dem im § 127 im Gegensatz zum § 120 ausgesprochenen Grundsatze, daß die **Genossen** mit unbeschränkter Nachschußpflicht **solidarisch der Genossenschaft**, aber **nicht unmittelbar den Gläubigern haftbar** sind, finden gegen sie die §§ 122—125 keine Anwendung. Das Umlageverfahren für die Genossen, die der Gen. noch zur Zeit der K.Eröffnung angehören, ist einschließlich der von ihnen zu gewährenden Nachschüsse nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 105 ff. auszuführen; vgl. § 130. Die besonderen Bestimmungen der §§ 128, 129 betreffen nur die Nachschußpflicht ausgeschiedener Genossen unter Modifikation des § 114.

§ 128. Ist im Falle der Eröffnung des Konkursverfahrens nach Ablauf von drei Monaten seit dem Termine, in welchem die Nachschußberechnung (§ 114) für vollstreckbar erklärt ist, die Befriedigung oder Sicherstellung der im § 105 Absatz 1 bezeichneten Konkursgläubiger noch nicht bewirkt, so sind die hierzu erforderlichen Beiträge von den innerhalb der letzten achtzehn Monate vor der Eröffnung des Konkursverfahrens ausgeschiedenen Genossen, welche nicht schon in Gemäßheit des § 75 oder des § 76 Absatz 4 der Nachschußpflicht unterliegen, nach Maßgabe des § 105 zur Konkursmasse zu leisten.

Die im § 128 geregelte **Nachschußpflicht ausgeschiedener Genossen**, — die ebenso wie die in der Gen. verbliebenen Genossen ihre Nachschüsse zur K.Masse behufs der Vertheilung zu leisten haben, nicht an Gläubiger unmittelbar, — besteht nur, wenn 3 Monate nach der Vollstreckbarkeitserklärung der Nachschußberechnung, § 114, Gläubiger der für jede Nachschußpflicht nur zu berücksichtigenden Kategorie des § 105 Abs. 1 noch

Digitized by Google

nicht befriedigt oder sichergestellt sind, und nur für die innerhalb der letzten 18 Monate vor der K.Eröffnung ausgeschiedenen Genossen; indeß ist für diejenigen, die innerhalb der letzten 6 Monate vor der K.Eröffnung oder vor einer sonstigen Auflösung der Gen. in anderer Weise als durch Tod (§ 77) ausgeschieden sind, nicht § 128 anwendbar, sondern nach §§ 75, 76 die Nachschußpflicht nicht ausgeschiedener Genossen mit der Besonderheit des § 76 Abs. 4. Die Nachschußpflicht besteht zu Gunsten jener Gläubiger nicht wie in § 122 für einen Ausfall, den sie bei der Schlußvertheilung erlitten haben, sondern für den auch mit der Ausführung der Nachschußberechnung bis zum Ablauf der drei Monate nicht erlangten Betrag („die hierzu erforderlichen Beiträge"). Eine Beschränkung auf die vor dem Ausscheiden eingegangenen Verbindlichkeiten (§ 125) findet hier nicht statt.

§ 129. Der Konkursverwalter hat ohne Verzug eine Berechnung über die Beitragspflicht der Ausgeschiedenen aufzustellen.

In der Berechnung sind dieselben namentlich zu bezeichnen und auf sie die Beiträge zu vertheilen, soweit nicht das Unvermögen Einzelner zur Leistung von Beiträgen vorauszusehen ist.

Im Uebrigen finden die Vorschriften in § 106 Absatz 3, §§ 107 bis 109, 111 bis 113 und 115 entsprechende Anwendung.

Die Nachschüsse gehören (auf Grund des Gesellschaftsvertrages, §§ 2, 127) zum Vermögen der Genossenschaft; ihre Einziehung ist ein Theil des K.Verfahrens. — In der **Berechnung** sind nach Abs 2, abweichend von § 106 Abs. 2, die voraussichtlich Unvermögenden nicht mit aufzunehmen, vorbehaltlich der dann auch in dieser Beziehung nach § 108 zulässigen Einwendungen.

§ 130. Durch die Bestimmungen der §§ 128, 129 wird die Einziehung der Nachschüsse von den in der Genossenschaft verbliebenen Genossen nicht berührt.

Aus den Nachschüssen der letzteren sind den Ausgeschiedenen die von diesen geleisteten Beiträge zu erstatten, sobald die Befriedigung oder Sicherstellung der sämmtlichen im § 105 Absatz 1 bezeichneten Konkursgläubiger bewirkt ist.

Gemäß Abs. 2 haben die in der Gen. verbliebenen Genossen zur K.Masse die Beiträge zur Befriedigung aller nach § 105 Abs. 1 behufs der Nachschußpflicht zu berücksichtigenden Schulden zu leisten. Wenn Ausgeschiedene dazu Beiträge geleistet haben, so haben sie gegen die Genossenschaft das Recht, deren Einziehung für sie durch Nachschüsse der verbliebenen Genossen zu verlangen, sobald die Gläubiger befriedigt oder durch Hinterlegung der für sie zurückbehaltenen Beträge (K.O. § 169) sicher gestellt sind, ohne daß in diesem Falle — im Gegensatze zu § 105 Abs. 4 (vgl. Anm. 3 § 105) — die Nachschüsse auf sie mit zu vertheilen sind.

III. Für Genossenschaften mit beschränkter Haftpflicht.

Bei diesen Genossenschaften ist die Haftpflicht der Genossen für die Verbindlichkeiten der Genossenschaft sowohl dieser wie unmittelbar den Gläubigern gegenüber im Voraus auf eine bestimmte Summe (Haftsumme) beschränkt, § 2 Ziff. 3. Die nicht abgedruckten §§ 131—134, 136—139 geben nur Vorschriften über die Bestimmung der Haftsumme (durch Statut oder dessen Aenderung) und deren Veröffentlichung sowie über die Geschäftsantheile.

§ 135. Die Haftung eines Genossen, welcher auf mehr als einen Geschäftsantheil betheiligt ist, erhöht sich auf das der Zahl der Geschäftsantheile entsprechende Vielfache der Haftsumme.

Die Betheiligung mit einem zweiten oder ferneren Geschäftsantheil tritt in Kraft mit der auf Grund einer Erklärung des Genossen erfolgenden Eintragung in die Liste

Digitized by Google

der Genossen, § 137. Sie wirkt schon bei der Vorschußberechnung, §§ 106, 113, und der Nachschußberechnung, § 114, in der Weise, daß der Genosse der mit mehreren Geschäftsantheilen betheiligt ist, für jeden besonders heranzuziehen, die Berechnung also nicht nach Köpfen, sondern nach Geschäftsantheilen aufzustellen ist. Wollte man anders verfahren, so würde die nach der Zahl der Geschäftsantheile erhöhte Haftung erst in zweiter Linie, nachdem die Haftung der mit einer geringen Zahl Betheiligten erschöpft ist, zur Geltung kommen. Dafür ergiebt das Gesetz nichts; wohl aber weist § 105 bereits auf die ungleiche Heranziehung der Genossen hin.

§ 140. Das Konkursverfahren findet bei bestehender Genossenschaft außer dem Falle der Zahlungsunfähigkeit in dem Falle der Ueberschuldung statt, sofern diese ein Viertheil des Betrages der Haftsummen aller Genossen übersteigt. Der Vorstand hat, wenn eine solche Ueberschuldung sich aus der Jahresbilanz oder aus einer im Laufe des Jahres aufgestellten Bilanz ergiebt, die Eröffnung des Konkursverfahrens zu beantragen. Die Vorschriften des § 99 Absatz 2, 3, § 100 finden entsprechende Anwendung.

Zu der Zulassung des Konkurses wegen Ueberschuldung während des Bestehens der Genossenschaft hat wegen des Mangels persönlicher Vollhaftung der Genossen die Analogie der Aktiengesellschaft geführt, § 207 Anm. 1, jedoch, da immerhin noch eine wenn auch beschränkte Haftung der Genossen besteht und diese rechtzeitig für eine Beseitigung der Ueberschuldung sorgen können, nur unter der Voraussetzung, daß die Ueberschuldung den vierten Theil des Betrages der Haftsumme aller Genossen übersteigt. Die Generalversammlung der Genossen kann, so lange dieses Maß der Ueberschuldung nicht erreicht ist, in anderer Weise helfen; aber eine Pflicht zur Berufung der Generalversammlung wie bei den anderen Genossenschaften, §§ 121, 126, besteht nicht, dagegen ist der Vorstand wie der Vorstand einer Aktiengesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien (H.G.B. §§ 240, 320) verpflichtet, die Eröffnung des Konkurses zu beantragen. Die Heranziehung des § 99 Abs. 2, 3 und des § 100 zu entsprechender Anwendung bezieht sich nur auf diesen Fall der Ueberschuldung, die sich während des Bestehens der Genossenschaft ergiebt. Daneben gelten die ganzen §§ 99, 100 für die dort behandelten Fälle der Zahlungsunfähigkeit und der nach Auflösung der Genossenschaft sich ergebenden Ueberschuldung.

§ 141. Die einzelnen Genossen können über ihre Haftsumme hinaus weder auf Leistung von Nachschüssen, noch von den Konkursgläubigern in Anspruch genommen werden. Im Uebrigen finden auf den Anspruch der Gläubiger die Bestimmungen in §§ 122 bis 125 Anwendung.

Die Genossen mit beschränkter Haftpflicht **haften nur** in **Höhe** der für sie **normirten Haftsummen**, jedoch in dieser Höhe nicht nur **gegenüber der Genossenschaft**, sondern **auch unmittelbar den Gläubigern** der Genossenschaft, § 2 Ziff. 3. Deshalb sind die §§ 122—125 mit der Begrenzung ihrer Verpflichtung durch die Haftsumme für sie nach § 141 anwendbar.

§ 209. (198.)

Im Falle der Zahlungsunfähigkeit einer offenen Handelsgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien findet über das Gesellschaftsvermögen ein selbständiges Konkursverfahren statt. Ueber das Vermögen einer Kommanditgesellschaft auf Aktien findet das Konkursverfahren auch im Falle der Ueberschuldung statt.

Die Vorschrift des § 207 Abs. 2 findet entsprechende Anwendung.

E. I. 221. P. 286. 287. K.O.N.

Digitized by Google

1. Gesellschaftsvermögen.
2. Gemeinschuldner.
3. Konkursgläubiger.
4. Ausgeschiedene Gesellschafter.
5. Konkursgrund.
6. Konkurs über aufgelöste Gesellschaften.

1) Das **Vermögen einer Gesellschaft**, die offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien ist, gehört zwar den Gesellschaftern (RG. 9, 144; 17, 367; 30, 33), auch den Kommanditisten (RG. 32, 398). Aber es besteht in rechtlicher wie thatsächlicher Sonderung von dem übrigen Vermögen der Gesellschafter, da die Gesellschaften unter ihrer Firma Rechte erwerben, Verbindlichkeiten eingehen, klagen und verklagt werden können, H.G.B. §§ 124, 161, 320. Der Konkurs über das Vermögen ist deshalb gegenüber dem Konkurse über das Vermögen eines Gesellschafters „selbständig". Ist vor der Eröffnung des Konkurses über das Gesellschaftsvermögen der Konkurs über das Vermögen eines Gesellschafters eröffnet worden, so wird der Masse dieses Konkurses das dazu gehörende Antheilsrecht des Gesellschafters an dem Gesellschaftsvermögen mit dem Rechte der Aussonderung entzogen. Eine Folge der Sonderung der Vermögen ist es, daß ein Gesellschaftsgläubiger, der ein Pfandrecht an einem Gegenstande des Vermögens eines Gesellschafters hat, deshalb nicht den Beschränkungen eines absonderungsberechtigten Gläubigers, §§ 64, 153, 168 Ziff. 3, unterliegt, RG. 7, 88: vgl. Anm. 5 zu § 64. Das Privatvermögen der Gesellschafter wird durch den Konkurs nicht berührt. Die Vorschrift der P. § 287 Abs. 2, daß bei der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft auch der Konkurs über das Vermögen der persönlich haftenden Gesellschafter eröffnet werden müsse, ist nicht aufgenommen. Die Eröffnung des Konkurses über das Privatvermögen eines Gesellschafters hängt daher, wie in jedem anderen Falle von einem Antrage und dem Nachweise seiner Zahlungsunfähigkeit ob. Mot. 447—451. — Zu dem Vermögen der Gesellschaft gehört aber auch das Recht auf die von den Gesellschaftern zu machenden Einlagen, für die sie Schuldner der Gesellschaft sind; sie sind von dem Verwalter einzuziehen (RG. 1, 72; 17, 39; 29. April, 28. September 1893, JW. 309, 353. Dies gilt insbesondere auch für die Einlagen der Kommanditisten, H.G.B. § 171, selbst dann, wenn nach H.G.B. § 174 nur noch gewisse Gläubiger den Kommanditisten in Anspruch nehmen könnten, für die dann eine Sondervertheilung stattfinden muß, vgl. § 151 Anm. 10. Es kann aber dagegen eingewendet werden, daß die Einlagen zur Befriedigung der K.Gläubiger nicht erforderlich seien, RG. 25. 3. 1899, JW. 305. Der Verwalter hat entsprechend dem § 3 nur die Rechte und Interessen der Gläubiger der Gesellschaft, nicht die der Gläubiger der einzelnen Gesellschafter wahrzunehmen, RG. 29, 314, 315. Ist nach Beendigung des K.Verfahrens noch Gesellschaftsvermögen vorhanden, so steht es als solches den Gesellschaftern zu, die dabei in Liquidationsgesellschaft stehen und gemäß H.G.B. § 144 in den dort bestimmten Fällen ungeachtet der erfolgten Auflösung der Gesellschaft deren Fortsetzung beschließen können.

2) **G.Schuldner** sind die persönlich haftenden Gesellschafter. Diese haften für die Gesellschaftsschulden als Gesammtschuldner auch mit ihrem Privatvermögen, HGB. §§ 128, 161, 320. Kommanditisten, deren Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern auf den Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage beschränkt ist, H.G.B. § 161, sind nicht Gemeinschuldner. Sie haften den Gesellschaftsgläubigern überhaupt nicht, wenn die Einlage geleistet ist, H.G.B. § 171 Abs. 1, und auch insoweit, als sie noch haften, wird das den Gesellschaftsgläubigern zustehende Recht während des Konkurses durch den Konkursverwalter ausgeübt, ebenda Abs. 2. Sie sind auch von der Führung der Geschäfte mit alleinigem Vorbehalte gewisser nicht nach außen wirkender Rechte grundsätzlich ausgeschlossen, ebenda § 164. Die persönlich haftenden Mitglieder sind nach ihrer Stellung in der Gesellschaft allein diejenigen, auf die die Vorschriften der §§ 93, 125 über Freiheitsbeschränkungen und Offenbarungspflicht, sowie die Vorschriften der §§ 22 ff. über Anfechtung von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners passen. Sie allein sind vor der K.Eröffnung wie bei Verwaltungshandlungen der Rechnungslegung des Verwalters zu hören, §§ 86, 105, 135; nur sie haben sich im Prüfungstermin über die Forderungen der

Digitized by Google

K.Gläubiger zu erklären, § 141. Zum Bestreiten einer Forderung ist aber jeder von ihnen berechtigt. Vgl. noch §§ 210, 211. Zur Ertheilung von Auskunft sind zwar auch die Liquidatoren verpflichtet, die nicht Gesellschafter sind, aber nur auf Grund ihres Verhältnisses zu den Gesellschaftern, deren Rechte auch in dieser Beziehung durch den K.Verwalter auszuüben sind.

Die konkursmäßige Feststellung einer Forderung gegen die Gesellschaft ist auch gegen die einzelnen Gesellschafter wirksam; doch können diese, wenn sie außerhalb des Konkurses mit ihrem Privatvermögen in Anspruch genommen werden, noch Einwendungen erheben, die in ihrer Person begründet sind, H.G.B. § 129. Dagegen findet aus der Feststellung die Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschafter gemäß § 164 Abs. 2 oder § 194 nicht statt. Der Gläubiger muß gegen sie wie sonst, wenn die Gesellschaftsschuld nur durch ein gegen die Gesellschaft ergangenes Urtheil festgestellt ist, sein Recht durch Klage verfolgen. Vgl. Staub H.G.B. Anm. 15 zu § 124.

3) **K.Gläubiger** sind nur die Gläubiger der Gesellschaft. Wie diese zu einer Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen eines gegen die Gesellschaft gerichteten vollstreckbaren Schuldtitels bedürfen, H.G.B. § 124 Abs. 2, so bestimmt sich auch ihre Stellung gegenüber einem Bestreiten ihrer Forderung nur nach dem zwischen ihnen und der Gesellschaft bestehenden Verhältnisse; nur ein gegen die Gesellschaft gerichteter Titel im Sinne des § 146 Abs. 6 kommt in Betracht. K.Gläubiger kann auch ein Gesellschafter sein und zwar sowohl aus einem mit der Gesellschaft geschlossenen Rechtsgeschäfte als auch aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag und wegen der Verluste, die er unmittelbar durch die ihm in der Gesellschaft zustehende Geschäftsführung oder aus untrennbar mit der Geschäftsführung verbundenen Gefahren erleidet, H.G.B. § 110. Dagegen sind die Gesellschafter als solche nicht Gläubiger der Gesellschaft und also nicht K.Gläubiger wegen der Rechte, die ihnen auf Grund ihrer Eigenschaft als Gesellschafter in der Gesellschaft zustehen. Ihre Einlagen wie ihre Kapitalantheile begründen keine Schuld der Gesellschaft, sondern nur gewisse Rechte bei der Theilung des Gesellschaftsvermögens, das hierbei nur mit Berücksichtigung der Gesellschaftsschulden gedacht werden kann. Fraglich ist, ob der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft, der berechtigt ist, aus der Gesellschaftskasse Geld bis zum Betrage von vier vom Hundert seines für das letzte Geschäftsjahr festgestellten Kapitalantheils zu erheben und unter Umständen auch die Auszahlung seines diesen Betrag übersteigenden Antheils am Gewinn des letzten Jahres zu verlangen, H.G.B. § 122, wegen dieser Ansprüche Gläubiger der Gesellschaft ist. Nach der Denkschrift zum Entwurf des H.G.B. S. 96 soll diese Frage, insbesondere für den Gewinnantheil der Entscheidung durch Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen bleiben. Für die Zinsen, die nach dem a. H.G.B. Artt. 106, 108 gutzuschreiben waren und entnommen werden konnten, hat das **RGHG. 19**, 416 die Klage gegen die Gesellschaft zugelassen, so daß man annehmen könnte, das gegen die Gesellschaft ergangene Urtheil begründe eine Gesellschaftsschuld. In der That aber ist die Klage nur zugelassen, um dem Gesellschafter die zwangsweise Durchführung seines Rechtes zu ermöglichen, so daß ihm ebenso die Klage gegen die übrigen Gesellschafter auf Gestattung der Entnahme offen gelassen wird. Staub Anm. 10 zu HGB. § 122 scheint für den Anspruch auf den Antheil am Gewinn des letzten Jahres auch die Natur einer Gesellschaftsschuld grade für den Fall des Konkurses anzunehmen. Ebenso Jaeger Anm. 15 zu §§ 209, 210. Es handelt sich aber im H.G.B. § 122 nur um das Recht des Gesellschafters, einen Theil seines Kapitalantheils zurückzunehmen, der einen Theil des Gesellschaftsvermögens und der K.Masse bildet. Am deutlichsten tritt dies bei der Entnahme der sog. Zinsen hervor, die nicht dadurch bedingt ist, daß im Vorjahre ein Gewinn gemacht ist, durch den also möglicher Weise die ursprüngliche Einlage gemindert wird, obgleich kein Geschäftsverlust eingetreten ist. Das Recht, den Kapitalantheil zu mindern oder ganz zurückzunehmen, ist, da es über das gesetzliche Maß hinaus nur von der Zustimmung der anderen Gesellschafter abhängt und durch Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen werden kann, nur ein Recht unter den Gesellschaftern. Das K.Verfahren aber ergreift das Gesellschaftsvermögen so, wie es zur Zeit besteht.

Digitized by Google

Die Zurücknahme steht in rechtlicher Bedeutung der Theilung des Gesellschaftsvermögens gleich, von der sie sich nur dem Grade nach unterscheidet, und nur die vollzogene Zurücknahme schließt wie die vollzogene Theilung die Heranziehung zur K.Masse aus. Ebenso wie mit der Entnahme des Zinsbetrages steht es auch mit der Entnahme des nach H.G.B. § 120 dem Kapitalantheile zuzuschreibenden Gewinnantheils. Die Bestimmung des H.G.B. § 122 Abs. 2, daß im Uebrigen der Gesellschafter nicht befugt ist, ohne Einwilligung der anderen Gesellschafter seinen Kapitalantheil zu vermindern, bezeichnet beide Entnahmen als Verminderung des Kapitalantheils und stellt sie vertragsmäßig zugestandenen Verminderungen gleich. Das vertragsmäßig zugestandene Recht, den Kapitalantheil in größerem Umfange zurückzunehmen, könnte, wenn es den Gesellschafter zum Gläubiger machte, von größerer Bedeutung werden, als das gesetzliche Recht, sich den Betrag des Gewinnantheils herauszahlen zu lassen, das durch die beigefügte Beschränkung „soweit es nicht zum Schaden der Gesellschaft gereicht" ziemlich bedeutungslos wird. Die durch H.G.B. § 122 begründeten Rechte geben hiernach nicht die Stellung der Gesellschaftsgläubiger. Schwerlich wird man auch annehmen wollen, daß die persönlich haftenden Gesellschafter für diese vermeintlichen Gesellschaftsschulden als Gesammtschuldner (H.G.B. § 128) haften. Diese Grundsätze gelten auch für die persönlich haftenden Mitglieder einer Kommanditgesellschaft, H.G.B. § 161 Abs. 2. Anders ist die Lage des Kommanditisten. Für diesen wird der Gewinnantheil dem Kapitalantheile nur bis zur Erreichung der bedungenen Einlage zugeschrieben, H.G.B. § 167; die Vorschriften des H.G.B. § 122 finden keine Anwendung, er hat den Gewinnantheil, der nicht dem Kapitalantheil zuzuschreiben ist, als Gläubiger der Gesellschaft zu fordern, H.G.B. § 169. Ebenso verhält es sich mit den persönlich haftenden Mitgliedern und Kommanditisten einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, H.G.B. § 320 Abs. 2; nur ist bei diesen das Recht der persönlich haftenden Gesellschafter auf Auszahlung des Gewinnantheils noch weiter beschränkt, H G.B. § 329.

4) Ist ein **persönlich haftender Gesellschafter ausgeschieden oder ausgeschlossen** worden, ohne daß die Gesellschaft aufgelöst worden ist (insbesondere H.G.B. §§ 140, 141) und damit gemäß B.G.B. § 738 sein Antheil am Gesellschaftsvermögen den übrigen zugewachsen, so ist er nicht mehr G.Schuldner. Ob das Ausscheiden in das Handelsregister eingetragen worden ist, hat zwar Bedeutung für die Haftung des Gesellschafters für die Gesellschaftsschulden, aber nicht für die Thatsache, daß er nicht mehr zu den Trägern des Gesellschaftsvermögens gehört, über das der Konkurs eröffnet ist. Andererseits ist der ausgeschiedene oder ausgeschlossene Gesellschafter K.Gläubiger für die ihm nach B.G.B. § 738 zustehende Geldabfindung, wenn er auch noch für alle oder gewisse Gesellschaftsschulden haftet. Darf aber irgend einem anderen K.Gläubiger gemäß H.G.B. §§ 15, 143 das Ausscheiden nicht entgegengesetzt werden, so kann dieser Gläubiger demgemäß auch die angemeldete Abfindung des früheren Gesellschafters bestreiten und deren Feststellung für den Konkurs verhindern. Ist ein Kommanditist ausgeschieden, so ist zum Widerspruch gegen dessen auf Rückgabe der Einlage gerichtete Forderung nur der K.Verwalter berechtigt, da während des Konkurses nur dieser das den Gläubigern zustehende Recht, den Kommanditisten in Anspruch zu nehmen, auszuüben hat, H.G.B. § 178; es kommt dann darauf an, ob und in welchem Umfange K.Gläubiger vorhanden sind, die den Kommanditisten noch in Anspruch nehmen könnten.

5) **K.Grund** bei dem Konkurse über das Gesellschaftsvermögen ist, wie bei jedem anderen Konkurse, die Zahlungsunfähigkeit, die auch hier anzunehmen ist, wenn Zahlungseinstellung vorliegt, § 102. Nur bei den Kommanditgesellschaften auf Aktien genügt wie bei den Aktiengesellschaften die Ueberschuldung, H.G.B. §§ 240, 320. Vgl. Anm. 1 zu § 207.

6) Die entsprechende Anwendung des § 207 Abs. 2 bedeutet die Zulässigkeit des **Konkurses über das noch ungetheilte Vermögen der aufgelösten Gesellschaft.** Auch die hier fraglichen Gesellschaften bleiben ebenso wie die Aktiengesellschaften trotz der Auflösung zwar nicht behufs des vereinbarten Gewerbebetriebes, aber zum Zwecke der Liquidation bis zu deren Beendigung bestehen; H.G.B. § 156, **RG. 16**, 1; 28, 132; **34** 362. Anm. 4

Digitized by Google

zu § 207. Zur Liquidation gehört auch die Theilung des Gesellschaftsvermögens, H.G.B. § 155. Das Konkursverfahren kann eröffnet werden, wenn noch ungetheiltes Vermögen vorhanden ist. Dieses bildet die K.Masse. Die Theilung kann auch dadurch erfolgt sein, daß einer oder mehrere der Gesellschafter das Vermögen gegen Zusage oder Hingabe einer Abfindung der übrigen allein übernommen haben. Mit der Eröffnung des K.Verfahrens tritt dieses an die Stelle der Liquidation, H.G.B. § 145 Abs. 1. Den Liquidatoren steht nur noch bei der Eröffnung des Verfahrens eine Mitwirkung zu, § 210. Ist nach völliger Theilung des Gesellschaftsvermögens das K.Verfahren eröffnet worden, so ist es wieder aufzuheben; vgl. Busch 18, 528.

§ 210. (199.)

Zu dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens ist außer den Konkursgläubigern jeder persönlich haftende Gesellschafter und jeder Liquidator berechtigt.

Wird der Antrag nicht von allen persönlich haftenden Gesellschaftern oder allen Liquidatoren gestellt, so ist derselbe zuzulassen, wenn bei der offenen Handelsgesellschaft oder der Kommanditgesellschaft die Zahlungsunfähigkeit, bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien die Zahlungsunfähigkeit oder die Ueberschuldung glaubhaft gemacht wird. Das Gericht hat die übrigen persönlich haftenden Gesellschafter oder Liquidatoren nach Maßgabe des § 105 Abs. 2, 3 zu hören.

E. I. 221. P. 286. K.O.N.

1. Berechtigung zum Antrage.
2. Zulassung des Antrags.
3. Anhörung der Gemeinschuldner.

1) Die Vorschriften über die **Berechtigung zum Antrage** entsprechen den Grundsätzen der §§ 6, 103, 208. Als K.Gläubiger sind antragsberechtigt nur die Gesellschaftsgläubiger, Anm. 3, 4 zu § 209. Der Privatgläubiger eines Gesellschafters hat nur das Recht, das Guthaben seines Schuldners aus der Gesellschaft durch Zwangsvollstreckung in Anspruch zu nehmen und zu diesem Zwecke die Gesellschaft zu kündigen, H.G.B. § 135. Von den persönlich haftenden Gesellschaftern, die sämmtlich G.Schuldner sind, ist jeder einzelne antragsberechtigt und ebenso von mehreren Liquidatoren jeder einzelne. Die persönlich haftenden Gesellschafter und Liquidatoren einer Kommanditgesellschaft a. A. sind im Falle der Ueberschuldung zu dem Antrage verpflichtet, H.G.B. § 240, § 325 Ziff. 8. Der antragende Gesellschafter muß Gesellschafter noch zur Zeit der K.Eröffnung sein, RG. 29, 38. Ein Antrag in der A.K., auch den Kommanditisten oder die Generalversammlung und den Aufsichtsrath für antragsberechtigt zu erklären, ist abgelehnt. Prot. 120—122.

2) Die **Zulassung des Antrags** hängt wie im § 105 Abs. 1 davon ab, daß der K.Grund § 209 glaubhaft gemacht ist, sofern nicht der G.Schuldner, d. h. hier alle persönlich haftenden Gesellschafter oder alle Liquidatoren als Vertreter der Gesellschaft Antragsteller sind. Daß auch für die Gläubiger als Antragsteller die Ueberschuldung einer Kommanditgesellschaft auf Aktien K.Grund ist, ist anzunehmen, obgleich der Abs. 2 nach seinem Satz 2 für den Antrag eines Gläubigers nicht bestimmt ist.

3) Der Beschlußfassung über den Antrag soll gemäß § 105 Abs. 2 **die Anhörung des** (zukünftigen) **G.Schuldners** vorangehen. Es sind also, wenn der Antrag von einem Gläubiger oder von einem oder allen Liquidatoren gestellt wird, alle persönlich haftenden Gesellschafter zu hören; wenn der Antrag von einem oder mehreren einzelnen Gesellschaftern gestellt wird, die übrigen Gesellschafter. Wird der Antrag durch einzelne oder mehrere Liquidatoren gestellt, so sollen auch die übrigen Liquidatoren gehört werden. Der Wortlaut des § 210 Abs. 2 scheint allerdings auszudrücken, daß, wenn Liquidatoren vorhanden sind und einer von diesen den Antrag stellt, nur die übrigen Liquidatoren gehört werden sollen. Aber der in sich nicht vollständige § 210 ist vor Allem als eine Er-

Digitized by Google

läuterung der allgemeinen Regel des § 105 anzusehen; danach ist nur die Antragsberechtigung und die Anhörung der Liquidatoren etwas, was aus der allgemeinen Regel noch nicht folgt. Wollte man sich darauf berufen, daß die Anhörung der Liquidatoren genüge, weil sie Vertreter der Gesellschaft seien, so würde das nicht in Einklang damit stehen, daß über den Antrag eines Gesellschafters, der doch auch nach Eintritt der Liquidation antragsberechtigt ist, immer die übrigen Gesellschafter gehört werden sollen. Nur die Fassung des § 210 Abs. 2 ist nicht ganz genau. Der § 105 Abs. 3 weist schon darauf hin, daß ein Vertreter des G.Schuldners nur gehört werden soll, wenn er selbst nicht zu erreichen ist. A. M. Jaeger Anm. 6 zu §§ 209, 210. Bei den Aktiengesellschaften § 208 liegt die Sache insofern anders, als der Vorstand durch die Liquidatoren ersetzt wird. — Die Anhörung wird eingeschränkt durch Anwendung des § 105 Abs. 3. Aus der Anwendung des § 105 Abs. 2 folgt aber auch, daß die erforderlichen Ermittelungen über den K.Grund anzustellen sind, wenn dieser nicht zugestanden ist; das Zugeständniß muß von allen persönlich haftenden Gesellschaftern ausgehen. Der von allen Liquidatoren ausgehende Antrag bedarf nur nicht der Glaubhaftmachung des K.Grundes, ersetzt aber nicht das Anerkenntniß.

§ 211. (200.)

Ein Zwangsvergleich kann nur auf den Vorschlag aller persönlich haftenden Gesellschafter geschlossen werden.

Der Zwangsvergleich begrenzt, soweit er nicht ein Anderes festsetzt, zugleich den Umfang der persönlichen Haftung der Gesellschafter.

E I. 223. P. 289. 290. K.O.N.

1. Mitwirkung der persönlich haftenden Gesellschafter.
2. Anwendung der allgemeinen Vorschriften.
3. Wirkung des Vergleichs auf die persönliche Haftung der Gesellschafter.
4. Gewesene Gesellschafter.

1) Die **Mitwirkung aller persönlich haftenden Gesellschafter** bei dem Zwangsvergleich umfaßt sowohl den Vorschlag als den Abschluß des Vergleichs, § 173. Sie ist nothwendig, weil die Gesellschafter alle zusammen den G.Schuldner darstellen und jedes Recht der Vertretung der Gesellschaft durch einen der Gesellschafter ebenso wie jede Befugniß etwaiger Liquidatoren (vgl. Anm. 5 zu § 209) durch die K.Eröffnung und die jedenfalls mit dieser eingetretene Auflösung der Gesellschaft aufgehoben worden ist, und weil andererseits für das zunächst betroffene Gesellschaftsvermögen nur eine einheitliche Verpflichtung festgestellt werden kann.

2) Die **allgemeinen Vorschriften über den Zwangsvergleich,** §§ 173—201, finden auch hier Anwendung. Soweit aus Gründen, die in der Person des G.Schuldners liegen, ein Zwangsvergleich unzulässig oder nichtig ist, §§ 175, 197, oder das Stimmrecht eines Gläubigers beschränkt ist, § 133, genügt es, daß der Grund in der Person auch nur eines der persönlich haftenden Gesellschafter vorhanden ist.

3) Der **Zwangsvergleich trifft** auch die **persönliche Haftung der Gesellschafter.** Die Erklärung des Gläubigerausschusses über den Vergleichsvorschlag, § 164, wird also auch die Vermögenslage der Gesellschafter berücksichtigen müssen. Es fehlt dabei freilich die Möglichkeit, durch Erfordern des Offenbarungseides, der sich nur auf das Gesellschaftsvermögen bezieht, einen vollen Einblick in die Vermögenslage zu gewinnen. Aber die Unklarheit der Sachlage kann die Gläubiger wohl bestimmen, den Vergleichsvorschlag abzulehnen oder, dem Vorbehalte des Gesetzes entsprechend, die Wirkung des Vergleichs zu beschränken. Da der Vergleich nur den Umfang der persönlichen Verbindlichkeit der Gesellschafter begrenzt, so bewirkt er nur die Herabsetzung der Forderungen, ohne aber gegen die Gesellschafter vollstreckbar zu sein. Die Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen dagegen wird, wenn die Gesellschafter nicht die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen (HGB. § 144), durch Verteilung des Vermögens bald gegenstandslos werden können. Der zulässige Vorbehalt gegen die ausgedehnte Wirkung des Vergleichs wird von be-

Digitized by Google

sonderer Bedeutung, wenn auch über das Vermögen eines Gesellschafters das K.Verfahren eröffnet oder die Eröffnung zu besorgen ist. Die Herabsetzung der Forderungen durch den Vergleich wirkt, wenn nicht ein Vorbehalt gemacht wird, auch für diesen Konkurs und wenn in diesem Konkurs wieder ein Vergleich geschlossen wird, tritt eine zweite Herabsetzung ein. Die Zulässigkeit eines Vorbehaltes darf nicht dahin verstanden werden, daß durch Beschluß der Gläubigerversammlung die persönliche Haftung der Gesellschafter noch weiter als die Verpflichtung der Gesellschaft beschränkt werden könnte. Kommanditisten werden durch den Zwangsvergleich überhaupt nicht betroffen. Die Aenderung der Fassung des Abs. 2 durch die K.O.N. giebt nur den Anschluß an die Ausdrucksweise des B.G.B. und des H.G.B.

4) **Gewesene Mitglieder** der Gesellschaft nehmen weder an dem Abschlusse des Vergleichs Theil, da dieser nur von den G.Schuldnern geschlossen wird, noch wird der Umfang ihrer persönlichen Haftung durch den Vergleich betroffen. **RG. 29**, 38. Ein von ihnen neben dem Vergleich getroffenes Abkommen, durch das einzelne Gläubiger bevorzugt oder begünstigt werden sollen, ist nach Maßgabe des § 168 nichtig und kann nach Maßgabe des § 173 der Bestätigung des Vergleichs entgegen stehen; doch bleibt zu beachten, daß sie ohne jedes Abkommen für die Gesellschaftsschulden als Gesammtschuldner haften.

§ 212. (201.)

In dem Konkursverfahren über das Privatvermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters können die Gesellschaftsgläubiger, wenn das Konkursverfahren über das Gesellschaftsvermögen eröffnet ist, Befriedigung nur wegen desjenigen Betrages suchen, für welchen sie in dem letzteren Verfahren keine Befriedigung erhalten.

Bei den Vertheilungen sind die Antheile auf den vollen Betrag der Gesellschaftsforderungen zurückzubehalten, bis der Ausfall bei dem Gesellschaftsvermögen feststeht.

Im Uebrigen finden auf die bezeichneten Forderungen die Vorschriften der §§ 64, 96 entsprechende Anwendung.

E. I. 224. P. 288, 291. K.O.N.

1. Der alte § 201.
2. Voraussetzung für die Anwendung des § 212.
3. Wirkung des Konkurses über das Gesellschaftsvermögen auf den Konkurs eines Gesellschafters.
4. Feststellung des Ausfalls im Gesellschaftskonkurse.
5. Beendigung des Gesellschaftskonkurses durch Zwangsvergleich.
6. Verzicht auf Befriedigung aus dem Gesellschaftskonkurse.

1) **Der alte § 201** schloß sich an die Vorschrift des Art. 122 a. H.G.B. an, daß im Falle des Konkurses über das Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft die Gesellschaftsgläubiger aus dem Privatvermögen der Gesellschafter nur wegen des Ausfalls, den ihre Forderungen im Gesellschaftskonkurse erleiden, Befriedigung suchen können. Diese Vorschrift galt nach Art. 169 a. H.G.B. auch für die persönlich haftenden Gesellschafter jeder Art von Kommanditgesellschaft, ist aber in das neue H.G.B. nicht aufgenommen. Nunmehr kann jeder Gesellschaftsgläubiger, auch wenn über das Vermögen der Gesellschaft das K.Verfahren eröffnet worden ist, seine Forderung gegen die persönlich haftenden Gesellschafter geltend machen, soweit sie nicht durch Zahlungen aus der K.Masse berichtigt ist, und nur noch für den Fall des Konkurses über das Privatvermögen eines Gesellschafters ist eine Beschränkung beibehalten worden, die in wesentlicher Uebereinstimmung mit dem alten § 201 der § 212 zum Ausdruck bringt. Diese Beschränkung ist zwar ohne Bedeutung für den Gesellschaftskonkurs und betrifft nur den Konkurs über das Vermögen des Gesellschafters. Die Vorschrift hat aber hier ihren Platz gefunden, weil sie die Wirkung des Gesellschaftskonkurses auf andere Rechtsverhältnisse betrifft.

Digitized by Google

2) **Voraussetzung für die Anwendung des § 212** ist, daß das K.Verfahren sowohl über das Gesellschaftsvermögen wie über das Privatvermögen des persönlich haftenden Gesellschafters, um den es sich handelt, eröffnet worden ist und der Privatkonkurs zur Zeit der Eröffnung des Gesellschaftskonkurses noch nicht beendigt oder erst später eröffnet worden ist. Es kommt nicht darauf an, welcher der beiden Konkurse früher oder später eröffnet oder beendigt worden ist. So lange die angegebene Voraussetzung noch nicht in allen ihren Theilen vorliegt, kann jeder Gesellschaftsgläubiger, wie er ohne Konkurs gleichzeitig sowohl die Gesellschaft als die persönlich haftenden Gesellschafter in Anspruch nehmen kann, seine Forderung auch im Konkurse der Gesellschaft oder des Gesellschafters mit allem Rechte eines gewöhnlichen K.Gläubigers geltend machen, ohne dadurch in der Verfolgung des Anspruchs gegen den Gesellschafter oder die Gesellschaft behindert zu werden. Ebenso wenig ist er behindert, mit der in Konkurs gerathenen Gesellschaft solche Gesellschafter, über deren Vermögen der Konkurs nicht eröffnet worden ist, als Gesammtschuldner in Anspruch zu nehmen, wenn auch über das Vermögen eines anderen Gesellschafters der Konkurs eröffnet worden ist. Die Vorschriften des § 212, die darauf abzielen, die Privatgläubiger eines Gesellschafters gegen den Andrang der Gesellschaftsgläubiger zu schützen, finden aber auch Anwendung auf den Konkurs eines bereits ausgeschiedenen, aber noch persönlich haftenden Gesellschafters, **RG. 35, 10.**

3) **Die Wirkung des Konkurses über das Gesellschaftsvermögen auf den Konkurs über das Vermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters** ist die, daß die Gesellschaftsgläubiger in dem Konkurse des Gesellschafters Befriedigung nur wegen des Betrages suchen können, für den sie in dem Gesellschaftskonkurse keine Befriedigung erhalten. Für den Konkurs des Gesellschafters ist dessen Haftung nur eine subsidiäre. Nur folgerichtig ist danach die vorgeschriebene entsprechende Anwendung des § 96, daß das Stimmrecht der Gesellschaftsgläubiger im Streitfall wie für absonderungsberechtigte Gläubiger mit Rücksicht auf den muthmaßlichen Ausfall zu bestimmen ist. Ueberhaupt sind danach wie nach der vorgeschriebenen entsprechenden Anwendung des § 64 die Gesellschaftsgläubiger in dem Konkurse des Gesellschafters ebenso beschränkt, wie wenn ihr ausschließliches Recht, aus der Masse des Gesellschaftskonkurses befriedigt zu werden, ein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus einem Gegenstande des Konkurses wäre. Doch ist eine Abweichung gegeben und diese besteht darin, daß ihre Forderungen bei den Vertheilungen entgegen den §§ 64, 153 nicht bloß mit dem wahrscheinlichen Ausfall, den sie bei der abgesonderten Befriedigung erleiden, sondern mit ihrem vollen Betrage berücksichtigt werden und daß die Hebung zwar zurückbehalten, aber unbedingt bis zur Feststellung des Ausfalls aufbewahrt wird. Diese Abweichung entspricht der Sachlage, daß ein Gesellschaftsgläubiger die Feststellung des Ausfalls seiner Forderung bei dem Gesellschaftskonkurse nicht betreiben kann. Da die Gesellschaftsgläubiger nur für den Konkurs eines Gesellschafters beschränkt sind, so können sie nach Beendigung dieses Konkurses ihre ganze noch unberichtigte Forderung gegen den Gesellschafter gemäß § 164 verfolgen. Ist in dem Konkurse des Gesellschafters ein Zwangsvergleich geschlossen worden, bevor der Ausfall im Gesellschaftskonkurse festgestellt worden ist, so bezieht sich der Vergleich für die Gesellschaftsgläubiger auch nur auf die künftig festzustellende Ausfallforderung, da nur diese in dem Konkurse geltend gemacht werden konnte, vgl. Anm. 6 zu § 193. Solange es ungewiß ist, ob und mit welchem Betrage die Forderung in dem Gesellschaftskonkurse nicht befriedigt wird, kann der Gläubiger auch auf Grund des Zwangsvergleichs keine Zahlung verlangen. Doch wird es nicht als eine Bevorzugung angesehen werden können, wenn für ihn an Stelle der aufzuschiebenden Zahlung eine Sicherung bedungen wird. Da aber der Konkurs des Gesellschafters durch den Vergleich beendet ist, so kann der Gesellschaftsgläubiger nunmehr wegen seiner ganzen Forderung, soweit sie nicht getilgt und auch der Ausfall im Gesellschaftskonkurse nicht festgestellt worden ist, auch den Gesellschafter als Gesammtschuldner in Anspruch nehmen, wie einen anderen nicht in Konkurs gerathenen Gesellschafter. Der Vergleich kann dem Gläubiger nicht entgegengesetzt werden, da noch nicht feststeht, ob er die Forderung überhaupt treffen wird. Der Gläubiger ist nur, wenn

Digitized by Google

sich später ein Ausfall im Gesellschaftskonkurse herausstellt, nach Maßgabe der dann festgestellten vergleichsmäßigen Minderung seiner Forderung zu einer Rückzahlung auf Grund ungerechtfertigter Bereicherung verpflichtet. — So lange der Konkurs über das Gesellschaftsvermögen noch nicht eröffnet ist, wird die Hebung des Gesellschaftsgläubigers im Konkurse eines Gesellschafters aus dem Grunde des § 212 nicht zurückbehalten. Die Zurückbehaltung erfolgt aber auch dann, wenn der Gesellschaftskonkurs zwar nach der endgültigen Feststellung des Verteilungsplans, aber vor der Auszahlung eröffnet worden ist, da die Zurückbehaltung nicht Gegenstand der Feststellung des Vertheilungsplans ist (Anm. 1 zu § 168). Ist die Forderung vor Eröffnung des Gesellschaftskonkurses durch eine Auszahlung aus dem Konkurse des Gesellschafters vermindert, so kann nur der Rest zum Gesellschaftskonkurse angemeldet und bei den weiteren Verhandlungen im Konkurse des Gesellschafters berücksichtigt werden.

4) Der **Ausfall im Gesellschaftskonkurse wird regelmäßig festgestellt** mit der Durchführung des Gesellschaftskonkurses durch Schlußvertheilung. Nachtragsvertheilungen bleiben zwar möglich, können aber höchstens zu einer nachträglichen Berichtigung führen. Mit dieser Feststellung hört die Zurückbehaltung, die über die Dauer des Konkurses des Gesellschafters hinausgehen kann und dann nach § 169 zur Hinterlegung führt, jedenfalls auf. Der zurückbehaltene Betrag wird dann bis zur Höhe der auf den Ausfall zur Hebung kommenden Rate ausgezahlt. Der Rest wird für die Schlußvertheilung frei oder fließt zur Konkursmasse zurück, § 156. An der weiteren Vertheilung nimmt der Gläubiger wieder nach Verhältniß des erlittenen Ausfalles Theil. Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn das Verfahren des Gesellschaftskonkurses eingestellt wird, §§ 202, 204. Aber auch vor der Beendigung dieses Konkurses wird durch eine Abschlagsvertheilung festgestellt, daß der Gesellschaftsgläubiger in Höhe der dabei erlangten Hebung keinen Ausfall erleidet. In Folge dessen ist der in dem Konkurse des Gesellschafters zurückbehaltene Betrag sofort entsprechend herabzusetzen und nur der Betrag des nunmehr noch möglichen Ausfalls bei etwaigen weiteren Vertheilungen zu berücksichtigen. Ist der Gesellschaftskonkurs zur Zeit einer Vertheilung im Konkurse des Gesellschafters bereits beendigt, so steht der Ausfall von vorn herein fest, so daß die Forderung des Gesellschaftsgläubigers nur danach berücksichtigt und die Hebung überhaupt nicht zurückbehalten wird.

5) Wird der **Gesellschaftskonkurs durch Zwangsvergleich beendigt,** so ist das Recht der Gläubiger auf Zahlung der Vergleichsrate noch nicht als eine solche Hebung anzusehen, die in ihrer Höhe den Ausfall ausschließt. Ob die Vergleichsrate zur Hebung kommt oder auch ausfällt, bleibt bis zur Zahlung ungewiß. Ein Verzicht auf die im Konkurse des Gesellschafters geltend gemachte persönliche Haftung des Gesellschafters kann in dem Vergleich ohne Weiteres nicht gefunden werden. Wird durch den Zwangsvergleich auch die persönliche Haftung der Gesellschafter begrenzt, so vermindert sich die zum Konkurse des Gesellschafters angemeldete Forderung des Gesellschaftsgläubigers auf die Vergleichsrate, so daß jedenfalls nur noch nach diesem Betrage zu bestimmen ist, was von dem zurückbehaltenen Betrage ferner zurückzubehalten ist. Wird aber durch den Zwangsvergleich nach einem beigefügten Vorbehalt die persönliche Haftung der Gesellschafter nicht berührt, so ist der Gesellschaftsgläubiger mit dem Betrage, zu dem seine Forderung nach dem Vergleiche nicht bezahlt werden soll, jedenfalls ausgefallen, so daß von der zurückbehaltenen Hebung ein entsprechender Betrag nicht mehr zurückzubehalten, sondern auszuzahlen ist.

6) **Der Verzicht eines Gesellschaftsgläubigers auf die Befriedigung aus dem Gesellschaftskonkurse** ist zulässig, und er bewirkt, daß der Verzichtende in dem Konkurse eines Gesellschafters nicht wie ein absonderungsberechtigter Gläubiger behandelt wird. Das ergiebt die entsprechende Anwendung des § 64, von der neben dem Inhalte des § 212 nichts weiter als dies übrig bleibt. In Folge des Verzichts hört die Zurückbehaltung der im Konkurse des Gesellschafters erlangten Hebung auf; diese wird ausgezahlt und der Gläubiger kann an ferneren Vertheilungen mit seiner ganzen Forderung theilnehmen. Aus der Zulässigkeit des Verzichts folgt weiter, daß die im Konkurse eines Ge-

Digitized by Google

sellschafters zurückbehaltene Hebung nach Beendigung des Gesellschaftskonkurses auch dann nicht mehr zurückbehalten werden darf, wenn in diesem Konkurse die Forderung überhaupt nicht angemeldet worden ist. Hat der Gläubiger die Anmeldung absichtlich unterlassen, so hat er verzichtet. Hat er die Anmeldung nur versäumt, so kann er nicht schlechter stehen. Das ROHG. 17, 284 hatte dem Unterlassen der Anmeldung eine Wirkung zum Nachtheil des Gläubigers beigelegt; aber das Urtheil gründet sich nur auf den nicht mehr geltenden Art. 122 a. H.G.B., nach dessen Inhalt die Gesellschafter nach Eröffnung des Gesellschaftskonkurses für die Gesellschaftsschulden nur noch subsidiär hafteten. So lange die Forderung noch im Gesellschaftskonkurse angemeldet werden kann, ist freilich ein stillschweigender Verzicht nicht anzunehmen.

§ 213.

Auf das Konkursverfahren über das Vermögen einer juristischen Person, sowie eines Vereins, der als solcher verklagt werden kann, finden die Vorschriften der §§ 207, 208 entsprechende Anwendung.

K.O.N.

1. I. a) Juristische Personen.
2. b) Vorschriften für juristische Personen.
3. II. a) Nicht rechtsfähige Vereine.
4. b) Vereinsmitglieder als Gemeinschuldner.
5. c) Partikularkonkurs.
6. d) Konkurs nach Auflösung des Vereins.
7. e) Antragsberechtigung.

1) I. a) **Juristische Personen,** die hier in Betracht kommen, sind die rechtsfähigen Vereine, mögen sie die Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das Vereinsregister oder durch staatliche Verleihung erlangt haben, B.G.B. §§ 21, 22, die rechtsfähigen Stiftungen, die nicht dem öffentlichen Rechte angehören, B.G.B. §§ 80 ff., die juristischen Personen (Fiskus, Körperschaften, Stiftungen und Anstalten) des öffentlichen Rechtes, B.G.B. § 89. Ihnen gleich stehen alle juristischen Personen, die nach Maßgabe des älteren Rechtes unter dessen Herrschaft rechtsgültig entstanden sind. Für Fiskus, Gemeinden und andere Kommunalverbände, sowie für solche Korporationen, deren Vermögen von Staatsbehörden verwaltet wird (E.G. z. C.P.O. § 15 Nr. 4), ist in Art. IV des E.G. z. K.O.N. der Vorbehalt gemacht, daß die landesgesetzlichen Vorschriften, die die Zulässigkeit des Konkursverfahrens beschränken oder ausschließen, unberührt bleiben (vgl. Art. IV und Anm. dazu). Besonders zu erwähnen sind nach dem Ges. betr. die Abänderung der Gewerbeordnung vom 26. Juli 1897 die Innungen, die nach den Vorschriften des § 86 unter ihrem Namen Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, vor Gericht klagen und verklagt werden können, während für ihre Verbindlichkeiten nur ihr Vermögen haftet, und Innungsverbände, auf die diese Vorschriften nach § 104 g des Gesetzes durch Beschluß des Bundesraths angewandt werden können; ferner nach dem Ges. über die privaten Versicherungsunternehmungen vom 12. Mai 1901 die Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit, die durch die Erlaubniß zum Geschäftsbetrieb die Rechtsfähigkeit erlangen (§ 15).

2) b) Die neben den allgemeinen Vorschriften zur Anwendung kommenden besonderen **Vorschriften** sind die des K.Verfahrens **über das Vermögen einer Aktiengesellschaft,** §§ 207, 208. Als Konkursgrund gilt also neben der Zahlungseinstellung auch die Vermögensunzulänglichkeit, Anm. 1 zu § 107. Diese verpflichtet nach B.G.B. § 42 Abs. 2, § 86 und § 89 Abs. 2 den Vorstand, die Eröffnung des Verfahrens zu beantragen, eine Pflicht, die bei Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit in die Pflicht zur Anzeige an die Aufsichtsbehörde umgewandelt ist, § 68 Ges. v. 12. Mai 1901. Ferner ist der K. auch zulässig, nach der Aufhebung der juristischen Personen, so lange die Vertheilung des Vermögens nicht vollzogen ist. Vereine und Stiftungen, die nicht öffentlichen Rechts sind, verlieren nach B.G.B. § 42 Abs. 1 mit der K.Eröffnung die Rechtsfähigkeit, sie treten aber im Allgemeinen mit ihrer Aufhebung in den Stand der Liquidation, B.G.B. §§ 47—49, an deren Stelle im Falle des K. das K.Verfahren tritt. Ebenso für Innungen und Innungsverbände Ges. v. 26. Juni 1897 § 97 Abs. 4, §§ 98, 104 l, und für Versicherungs-

Digitized by Google

vereine auf Gegenseitigkeit Ges. v. 12. Mai 1901 § 46. Als Vertheilung des Vermögens gilt die Vertheilung unter den Vereinsmitgliedern oder unter anderen Personen, denen das Vermögen angefallen ist, B.G.B. § 45, nicht aber der Anfall an eine einzelne, namentlich eine andere juristische Person. Ist das Vermögen der aufgehobenen juristischen Person an den Fiskus gefallen, so finden überhaupt nicht die Vorschriften der §§ 207, 208 Anwendung, sondern die Vorschriften über eine dem Fiskus als gesetzlichem Erben anfallende Erbschaft, B.G.B. § 46, also für den Konkurs die Vorschriften über den Nachlaßkonkurs, §§ 214 ff. Ueber die Berechtigung zum Antrage auf Eröffnung des Verfahrens vgl. Anm. 1, 3 zu § 208. Bei Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit steht der Antrag auf Eröffnung des Verfahrens nur der Aufsichtsbehörde zu und diesem Antrage ist unbeschadet der Vorschrift des § 107 Abs. 1 K.O. stattzugeben, Ges. v. 12. Mai 1901 § 68. Im Falle der Eröffnung des K. über das Vermögen eines eingetragenen Vereins ist gemäß § 112 die im B.G.B. § 75 vorgesehene Eintragung in das Vereinsregister zu veranlassen. Die Mitglieder rechtsfähiger Vereine haften für deren Verbindlichkeiten, abgesehen von besonderen Bestimmungen des Statuts, nicht und haben zur K.Masse nur die durch das Statut bestimmten Beiträge zu leisten; vgl. für Innungen Ges. v. 26. Juni 1897 § 98 Abs. 2. Für rechtsfähige Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit findet jedoch im Konkurse ein Vorschuß- und Nachschußverfahren wie in dem K. über das Vermögen einer eingetragenen Genossenschaft statt, Ges. v. 12. Mai 1901 § 52, durch das die Vorschriften des Genossenschaftsgesetzes § 106 Abs. 2, 3, §§ 107—113, § 114 Abs. 2, §§ 115—118 für entsprechend anwendbar erklärt worden sind.

3) II. a) Unter den Vereinen, die als solche verklagt werden können, sind die **nicht rechtsfähigen Vereine** zu verstehen, denen nach C.P.O. § 50 diese Rechtsstellung beigelegt worden ist. Es gehören dazu insbesondere Vereine, die nicht auf einen gewerblichen Geschäftsbetrieb gerichtet, aber in das Vereinsregister nicht eingetragen worden sind (B.G.B. § 21). Sie gehören zu den Gesellschaften, deren Rechtsverhältnisse im B.G.B. §§ 705 ff. bestimmt sind, B.G.B. § 54. Das Vermögen eines solchen Vereins besteht in den Beiträgen der Mitglieder und den durch die Geschäftsführung für den Verein erworbenen Gegenständen, sowie dem, was auf Grund eines zu dem Vereinsvermögen gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zum Vereinsvermögen gehörenden Gegenstandes erworben wird (B.G.B. § 718). Auch der Anspruch auf rückständige Beiträge gehört dazu, soweit sie vor der K.Eröffnung fällig geworden sind. Wird auch der Verein durch die K.Eröffnung nicht aufgelöst, so gehören doch ferner fällig werdende Beiträge nicht zur K.Masse, weil der Anspruch darauf erst später aus der fortdauernden Mitgliedschaft entsteht. Zu dem Vereinsvermögen gehören auch die Rechte auf diejenigen Gegenstände, die in öffentlichen Büchern auf den Namen eines oder mehrerer Mitglieder als Treuhänder eingetragen sind, da diese Mitglieder verpflichtet sind, die Gegenstände auch formell dem Vereinsvermögen einzuverleiben und alle Mitglieder nichts weiter als diese Einverleibung verlangen können.

4) b) **Gemeinschuldner in dem K. über das Vermögen eines nicht rechtsfähigen Vereins** ist nicht der Verein, sondern **die Mitglieder des Vereins.** Vgl. Sarwey-Bossert Anm. 2. Seuffert S. 71, 75. Nach CPO. § 50 hat der nicht rechtsfähige Verein, der als solcher verklagt werden kann, in dem Rechtsstreit die Rechtsstellung eines rechtsfähigen Vereins und daraus folgt, daß der vorhandene Vorstand gesetzlicher Vertreter ist. Die Vorschriften der CPO. sind nach § 72 im K.Verfahren entsprechend anwendbar und daraus leitet Jaeger ab, daß im Konkurse über das Vermögen eines nicht rechtsfähigen Vereins dieser die Rechtsstellung eines rechtsfähigen Vereins habe und der Vorstand gesetzlicher Vertreter des Gemeinschuldners sei. Eine Bestätigung hierfür wird noch darin gefunden, daß nicht die Vorschriften über den Konkurs offener Handelsgesellschaften, sondern wie für rechtsfähige Vereine die über den Konkurs der Aktiengesellschaften für anwendbar erklärt sind (Petersen-Kleinfeller). Die entsprechende Anwendung der Vorschriften der C.P.O. kann aber soweit nicht führen, da das im Civilprozeß vorhandene Bedürfniß, auf einfachem Wege einen Titel zur Zwangsvollstreckung in das Vereinsvermögen zu erlangen

Digitized by Google

(C.P.O. § 735), hier nicht vorliegt. Der Gemeinschuldner hat keineswegs eine der Stellung eines Beklagten entsprechende Stellung; er hat, abgesehen von dem Zwangsvergleich, nirgends eine entscheidende Stimme, wird überall nur gehört und kann nur die Wirkung der Feststellung angemeldeter Forderungen über den K. hinaus durch seinen Widerspruch abwenden. Man darf dabei nicht außer Acht lassen, daß der nicht rechtsfähige Verein einen zur Vertretung berufenen Vorstand, also einen Vorstand im Sinne des Vorstandes einer Aktiengesellschaft gar nicht zu haben braucht. Der Verein kann sich mit einem Vorstande begnügen, der nur die inneren Geschäfte leitet, oder auch ganz ohne Vorstand bestehen, indem jede Vertretung nach außen sämmtlichen Mitgliedern vorbehalten bleibt, die von Fall zu Fall einen Bevollmächtigten bestellen können. Für die Anwendung der Vorschriften der §§ 207, 208 (an Stelle der §§ 209 ff.) kam besonders in Betracht, daß bei dem als möglich vorausgesetzten Mangel persönlicher Haftung der Vereinsmitglieder für die Vereinsschulden auch die Ueberschuldung als Konkursgrund anzuerkennen war (§ 207 Abs. 1). Der § 207 Abs. 2 ist für Aktiengesellschaften und offene Handelsgesellschaften gleich anwendbar (§ 209 Abs. 2). Der § 208 dagegen wird, soweit er das Antragsrecht der Vorstandsmitglieder und deren Anhörung betrifft, nur von solchen Vorstandsmitgliedern verstanden werden dürfen, die zur Vertretung ermächtigt sind; für diese allein paßt die Vorschrift. Auch für einen Civilprozeß kann ein Vorstand, der nach dem Gesellschaftsvertrage als Vertreter im Prozesse ausgeschlossen ist, nicht als gesetzlicher Vertreter gelten, da bei der Verleihung der Rechtsstellung eines rechtsfähigen Vereins dem Statut des nicht rechtsfähigen Vereins die dem Statut eines rechtsfähigen Vereins innewohnende Bedeutung (B.G.B. § 26 Abs. 2 Satz 2) nicht versagt werden kann. Im Civilprozeß hilft die Vorschrift der C.P.O. § 57 Abs. 1 aus, nach der für eine nicht vertretene prozeßunfähige Partei, die verklagt werden soll, nöthigenfalls ein Vertreter durch den Vorsitzenden des Prozeßgerichts zu bestellen ist. Diese Vorschrift wird aber im Konkurse schon deshalb keine Anwendung finden können, weil die Voraussetzung, daß Gefahr im Verzuge ist, nach der Stellung des G.Schuldners im Konkurse niemals gegeben sein kann. Die Vorschriften über den K. offener Handelsgesellschaften würden für den K. der nicht rechtsfähigen Vereine in keiner Weise gepaßt haben, weil diesen die grundsätzliche persönliche Haftung der Mitglieder fehlt. Es sprechen aber auch noch andere Gründe für die Annahme, daß nicht der Verein, sondern die Vereinsmitglieder die Gemeinschuldner sind. Die Mitglieder sind die Eigenthümer des Vermögens, wenn auch Miteigenthümer zu gesammter Hand. Die für dies Vermögen vorgenommenen Rechtshandlungen sind ihre Handlungen, wenn auch ein bevollmächtigter Vorstand der unmittelbar Handelnde gewesen ist. Die für den Verein entstandenen Schulden sind ihre Schulden, wenn auch ihre Haftung auf das Vermögen beschränkt sein kann oder sie nur mittelbar als Schuldner des zunächst verpflichteten Mitgliedes haften, B.G.B. § 739. Alles dies, weil außer den Mitgliedern eine andere rechtsfähige Persönlichkeit nicht in Frage kommen konnte. Ist ein zur Vertretung berechtigter Vorstand nicht vorhanden, so sind nur die Mitglieder diejenigen, die über die Vermögenslage Auskunft zu geben (§ 115) im Stande sind; auch der Vorstand konnte nur Vertreter der Mitglieder sein und es ist kein Grund erkennbar, die Mitglieder von der Auskunftpflicht zu befreien. Soll eine Rechtshandlung angefochten werden, so handelt es sich wieder, soweit die Person des Gemeinschuldners und dessen Verhältniß zu anderen Personen in Frage kommt, um die Personen der Mitglieder; zu diesem Ergebnisse könnte man freilich auch dann kommen, wenn man wie im Falle des Todes des Gemeinschuldners und im Falle des Nachlaßkonkurses auch die nicht mehr vorhandene Person des Schuldners, über dessen Vermögen K. eröffnet ist, als den Gemeinschuldner annähme; aber einfacher ist es, den Schuldner selbst als Gemeinschuldner beizubehalten. Soll endlich ein Zwangsvergleich geschlossen werden, so ist vom praktischen Standpunkte aus betrachtet, das Wichtigste, daß Verpflichtungen begründet werden können, die über die Haftung mit dem Vereinsvermögen hinausgehen. Solche Verpflichtungen würde der gesetzliche Vertreter eines rechtsfähigen Vereins nicht begründen können; hätte aber der nicht rechtsfähige Verein überhaupt die Rechtsstellung eines rechtsfähigen, dann

Digitized by Google

könnte nicht daneben je nach Umständen die eines nicht rechtsfähigen hervorgekehrt werden, in dem der s. g. Vorstand Vertreter der Mitglieder ist. Es könnte dann, wie bei Aktiengesellschaften und juristischen Personen nur durch Bürgschaften geholfen werden. Einfacher ist es auch hier, die Mitglieder des Vereins als die Gemeinschuldner zu behandeln. Wichtiger aber ist es noch, daß die Beschränkung des Ehegatten des Gemeinschuldners bei dem Zustandebringen des Vergleichs (§ 189) auf die Ehegatten der Vereinsmitglieder bezogen werden muß, und daß der Grund zur Aufhebung des Vergleichs (§ 197) aus der Person der Vereinsmitglieder zu entnehmen ist. Daß die dem Vorstande übertragene Befugniß zur Geschäftsführung, die mit dem Ausschlusse der übrigen Mitglieder von der Geschäftsführung verbunden ist (B.G.B. § 710), nur unter besonderen Umständen entzogen werden kann (B.G.B. § 712), bleibt bei allen diesen Erwägungen unberührt.

5) c) Für die Mitglieder des Vereins ist der Konkurs über das Vereinsvermögen ein **Partikularkonkurs**. Die Feststellung von Forderungen wirkt nicht über das Vereinsvermögen hinaus, ergreift aber das nach der Eröffnung des Verfahrens erworbene Vermögen des durch diese Eröffnung nicht aufgehobenen Vereins. Die Vereinsmitglieder sind für ihr nicht zum Vereinsvermögen gehöriges Vermögen aussonderungsberechtigt.

6) d) **Der Konkurs** über das Vereinsvermögen kann auch **nach der Auflösung des Vereins** eröffnet werden, so lange das Vermögen noch nicht getheilt ist, Anm. 4 zu § 207. Ist die Auflösung in Folge der Eröffnung des K.Verfahrens über das Vermögen eines Mitgliedes erfolgt, B.G.B. §§ 728, 756, so wird der Antheil des Mitgliedes an dem Vereinsvermögen aus dessen Konkursmasse für die Masse des Vereinskonkurses ausgesondert, ganz in Übereinstimmung mit § 16.

7) e) Für die Berechtigung, die Eröffnung des Verfahrens zu beantragen, führt die entsprechende Anwendung des § 107 dahin, daß außer den Gläubigern jedes Vereinsmitglied **antragsberechtigt ist**, und daß, wenn der Antrag nicht von allen Mitgliedern gestellt wird, die übrigen zu hören sind und die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung glaubhaft zu machen ist. Der Vorstand kommt hierbei nur insoweit in Betracht, als er zur Vertretung der Mitglieder ermächtigt ist. Eine Verpflichtung, die Eröffnung zu beantragen, B.G.B. § 12 Abs. 2, besteht in keinem Falle, da der nicht rechtsfähige Verein jedenfalls nur für das Konkursverfahren selbst eine veränderte Rechtsstellung erhalten würde.

Vorbemerkung zum Konkurse über einen Nachlaß.

Literatur: Beyer, Die Surrogation bei Vermögen im B.G.B., Marburg 1905; Binder, Die Rechtsstellung des Erben; Cnyrim, Die zurückgesetzten Forderungen im Nachlaßkonkurse, 1901; Jäger, Voraussetzungen eines Nachlaßkonkurses, 1893, und Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs im neuen Reichsrecht, 1898; Josephsohn, Nachlaßkonkurs, Hanseat. Gerichtszeitung 1900; Mayer, Tod des G.Schuldners im K.Verfahren, 1901; Oetker, K.O. in alter und neuer Gestalt, 1899; Rosenmeyer, Nachlaßgläubiger im Konk., Busch 32, 263 ff.; Schröder, Einfluß des Todes des G Schuldners auf ein anhängiges K.Verfahren, Busch 28, 1 ff.; Seuffert, Aenderungen der K.O. durch das B.G.B., Busch 22, 497 ff., Strohal, Erbrecht, 3. Aufl.; Kommentare zum B.G.B.

1. I G.Schuldner.
2. II. Stellung des Erben als G.Schuldners.
3. Besonders im Verfahren selbst.
4. Bestreitungsrecht des Erben.
5. Feststellung einer K.Forderung gegen mehrere Erben.
6. Erbenvertreter im Konkurse.
7. III. Wirkungen der K.Eröffnung auf die Rechtslage des Erben.
8. IV Die K.Masse.
9. Gegenstände die einer Z.V. nicht unterliegen.
10. Bestand des Nachlasses zur Zeit der K.Eröffnung.
11. Haftung nach BGB. §§ 1978–1980.
12. Umfang der Masse bei unbeschränkter Haftung des Erben.
13. Bei Miterben.
14. Bei Erbschaftsbesitz eines Anderen als des G. Schuldners.
15. Anspruch des Verwalters auf Rechnungslegung und Offenbarung.
16. V. Tod des G Schuldners während des Konkurses.
17. Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten.
18. Konfusion und Konsolidation.
19. Anwendung der Vorschriften über den Nachlaßkonkurs.
20. VI. Uebergangsrecht.

Digitized by Google

1) I. **Gemeinschuldner.** Der Nachlaßkonkurs ist bestimmt, zur antheiligen Befriedigung aller Nachlaßgläubiger (§ 226 Abs. 1) zu dienen, die aus dem Nachlasse nicht volle Befriedigung erhalten. Gleichzeitig schließt er den Zugriff aller anderen Gläubiger von dem Nachlasse aus. Die Nachlaßgläubiger sind außer den persönlichen Gläubigern des Erblassers auch diejenigen, die gegen den Erben als solchen Forderungen zu stellen haben, besonders Forderungen aus Pflichttheilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen, B.G.B. § 1967 Abs. 2. Schuldner aller dieser Verbindlichkeiten ist der Erbe, der für sie haftet, § 1967 Abs. 1. Für ihn ist der Nachlaßkonkurs das normale Mittel, seine Gläubiger, soweit sie Nachlaßgläubiger sind, zu ihrer Befriedigung von seinem Vermögen auf den unzulänglichen Nachlaß zu verweisen, seine Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten auf den Nachlaß zu beschränken. Der Erbe ist also im Nachlaßkonkurse der Mittelpunkt, wie es der Gemeinschuldner im Regelkonkurse ist. Das für eine volle Befriedigung der Gläubiger nicht zulängliche Vermögen, das konkursmäßig zwischen jenen vertheilt wird, ist nicht das gesammte beschlagnahmefähige Vermögen des Schuldners, sondern nur der durch Erbfolge erworbene Nachlaß, aber nichtsdestoweniger doch Vermögen des Schuldners, das mit dem Erbfalle sein Eigenthum geworden ist, B.G.B. § 1942. Allerdings kann im Nachlaßkonkurse der Erbe selbst als Gläubiger auftreten, § 225, das ist aber nur eine Folge der mit der Eröffnung des Konkurses eintretenden völligen thatsächlichen Sonderung des Nachlasses vom Erbenvermögen und der wirthschaftlichen und rechtlichen Bestimmung des Nachlasses, lediglich für die Befriedigung der Nachlaßverbindlichkeiten zu dienen. Der Nachlaß geht damit weder aus dem Eigenthume des Erben heraus, noch gewinnt er eine selbständige juristische Existenz (der Nachlaß als juristische Person: Kohler, Leitfaden § 30 III). Ist aber der Erbe Schuldner der K.Forderungen, und ist andererseits ein Konkurs ohne G. Schuldner nicht denkbar, so kann nur der Erbe als der G.Schuldner im Nachlaßkonkurse angesehen werden.

Daß der Erblasser ein G.Schuldner ist, der nicht mit seinem ganzen Vermögen in den Konkurs gegangen ist, rechtfertigt nur, die Anwendung derjenigen sonstigen den G. Schuldner treffenden Vorschriften auf den Erben auszuschließen, die ihren Grund in dem Vermögensverfall des G.Schuldners haben. Hierüber vgl. Anm. 3. Freilich wird der Konkurs in der Regel nicht den Namen des Erben, sondern den des Erblassers tragen, weil die Verbindlichkeiten des G.Schuldners ihm nur durch die Erbenbeziehung zum Erblasser aufgelegt sind und weil möglicher Weise der Erbe zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht bekannt ist (§ 216). Das hindert aber nicht, daß sachlich der Erbe G.Schuldner ist und im Konkurs entweder selbst oder durch einen Vertreter (Nachlaßpfleger, Testamentsvollstrecker) handeln muß (vgl. Anm. 6).

Sind mehrere Erben vorhanden, so sind sie alle G.Schuldner, ein Konkurs über einen Erbtheil ist ausgeschlossen, § 235, vgl. auch § 230.

Ein Wechsel in der Person des G.Schuldners kann während des Konkurses vorkommen, wenn die Nacherbfolge eintritt (B.G.B. § 2100), und wenn für den Erben, nachdem er in Folge Ablaufs der im § 1943 bestimmten Ausschlagungsfrist als Erbe gegolten hat, in Folge Bekanntwerdens eines Vermächtnisses oder einer Auflage eine neue Ausschlagungsfrist zu laufen beginnt und er die Erbschaft ausschlägt (B.G.B. § 2306 Abs. 1 Satz 2), oder wenn die Annahme oder die Ausschlagung angefochten wird (B.G.B. §§ 1954, 2308).

Von Jäger Anm. 7 zu § 214 wird „für die Zeit vor dem Erbfalle" der Erblasser als G.Schuldner bezeichnet. Die aus dieser Annahme von ihm gezogenen Folgerungen sind zutreffend. Nach § 228 können Rechtshandlungen des Erblassers angefochten werden, die also gemäß § 29 als Rechthandlungen des G.Schuldners zu gelten haben; eine Zahlungseinstellung kann nur bei dem Erblasser vorgelegen haben; gegen ihn oder für ihn können Prozesse schweben, die vom Erben oder gegen ihn noch nicht aufgenommen sind; nur die Geschäftsbücher des Erblassers, nicht die des Erben werden infolge der K.Eröffnung geschlossen (§ 122). In allen diesen Fällen ist also als der im Gesetz genannte G.Schuldner der Erblasser anzusehen. Es versteht sich dies, weil in allen jenen Fällen der Erbe ledig-

Digitized by Google

lich die Person des Erlassers fortsetzt und alle seine Rechte und Pflichten nur auf der Erbfolge beruhen. Trotzdem scheint es zu weit gegangen, eine nicht mehr lebende Person als G.Schuldner zu bezeichnen und von einem G.Schuldner zu einer Zeit zu sprechen, wo ein Konkurs noch nicht eröffnet ist. Ebenso Petersen-Kleinfeller Anm. 7 zu § 214. Noch weniger ist es zulässig, den Erblasser überhaupt als den G.Schuldner anzusehen, weil die Theilungsmasse und in der Hauptsache die Schuldenmasse von ihm herrühren. Diese Annahme nöthigte dazu, den Erben als Vertreter des verstorbenen G.Schuldners anzusehen und den Erblasser als Schuldner von Verbindlichkeiten zu betrachten, die ganz zweifellos nur dem Erben obliegen, wie die Vermächtnisse, Auflagen und die dem Erben als solchem zufallenden persönlichen Schulden aus der Beerdigung des Erblassers u. s. w. Endlich ergiebt sich aus § 230, daß ein Zwangsvergleich auf Vorschlag aller Erben also mit den Erben geschlossen werden muß, die demnach als die G.Schuldner auch vom Gesetze angesehen worden sind.

2) II. **Die Stellung des Erben als G.Schuldners** im Konkurse und außerhalb ist durch alle diejenigen konkursrechtlichen Vorschriften bestimmt, die nicht sinngemäß fortfallen müssen. Wo der Konkurs als ein Ausdruck des Vermögensverfalls des G.Schuldners dessen Rechtsstellung beeinflußt, kann die Eröffnung des Nachlaßkonkurses dieselbe Folge nicht haben. Das in Folge Konkurses des Ehemanns oder Vaters eintretende Erlöschen des Verwaltungs- und Nießbrauchsrechts an dem Vermögen der Ehefrau und der Kinder bleibt aus, die Errungenschaftsgemeinschaft wird nicht aufgehoben, die Fähigkeit, Vormund zu sein, nicht berührt, wenn der Ehemann, Vater oder Vormund nur als Erbe G. Schuldner ist. Ebenso ist es in den Fällen des B.G.B. §§ 728, 773 Nr. 3, H.G.B. § 181 Nr. 3 u. 5, § 161, § 292 Nr. 3, § 320 Abs. 3. In allen diesen Fällen fehlt es an einem Konkurse über das Vermögen, das heißt das im Sinne des § 1 gesammte Vermögen des G.Schuldners. Auch alle öffentlichen Rechte bleiben dem Erben erhalten, wenn er nur als solcher G.Schuldner ist.

Dagegen verliert auch der Erbe die Fähigkeit, die K.Masse, also den Nachlaß, zu verwalten und darüber zu verfügen, § 6; er kann demgemäß auch nicht mehr die Zwangsversteigerung unbeweglicher Nachlaßgegenstände beantragen (das beantragte Verfahren geht weiter, ZVG. §§ 175, 178); Rechtshandlungen, die er nach der Eröffnung des Verfahrens mit der Masse vorgenommen hat, sind nach Maßgabe des § 7 unwirksam; solche, die er vor K.Eröffnung in fraudem creditorum vorgenommen hat, anfechtbar (vgl. §§ 222, 228); Prozesse, die über das zum Nachlaß gehörende Vermögen schweben, werden unterbrochen und können gemäß §§ 10, 11 aufgenommen werden; die Nachlaßgläubiger dürfen ihre Forderungen, soweit es K.Forderungen sind, nur nach Maßgabe der Vorschriften für das K.Verfahren verfolgen, § 12; sie sind nicht berechtigt, während des Nachlaßkonkurses aus dem sonstigen Vermögen des Erben im Wege des Arrestes oder der Zwangsvollstreckung für die K.Forderungen Sicherung oder Befriedigung zu suchen, § 14.

Doch ist dabei zu beachten, daß der Erbe nur mit dem Nachlaß im Konkurse steht. Das Vermögen, das der Erbe außer dem Nachlasse hat, kommt für das Verfahren im Nachlaßkonkurse überhaupt nicht in Betracht, mag es vom Erben vor oder nach der Eröffnung des Nachlaßkonkurses erworben, mag es pfändbar oder nicht pfändbar sein. Die Nachlaßgläubiger, die ja auch zugleich Erbengläubiger sind, dürfen sich daher als solche unbeschränkt an dasjenige Vermögen des Erben halten, das er außer dem Nachlasse hat, soweit ihnen nicht außerkonkursrechtliche Grundsätze entgegenstehen. Diese bestimmen, daß der Erbe die Befriedigung seiner Gläubiger, soweit sie Nachlaßgläubiger sind, nur mit dem Nachlaß vorzunehmen braucht, sobald der Nachlaßkonkurs eröffnet ist (B.G.B. § 1971), wenn der Erbe ihnen nicht unbeschränkt haftet (B.G.B. § 2013), und daß er im gleichen Falle die Aufhebung der bereits vor Eröffnung des Verfahrens in sein sonstiges Vermögen vorgenommenen Maßregeln der Zwangsvollstreckung fordern darf (C.P.O. § 784). Danach kann also der einzelne Gläubiger, dem der Erbe unbeschränkt haftet — sei es als Erbe gemäß B.G.B. § 2006, sei es, weil er z. B. für die Kosten der standesgemäßen Beerdigung des Erblassers (B.G.B. § 1968) auch als Besteller haftet — gegen den Erben

Digitized by Google

vorgehen, als wenn ein Konkurs nicht schwebte. Der Erbe hat dafür die ihm im § 225 gegebenen Rechte gegenüber dem Nachlasse.

Schließlich ist der Erbe unmittelbar den strafrechtlichen Vorschriften der §§ 239—244 unterworfen.

3) **Im Verfahren selbst** hat der Erbe völlig die Stellung des G.Schuldners. Er ist antragsberechtigt und beschwerdeberechtigt (vgl. Anm. 1 u. 8 zu § 217), ist nach dem Antrage eines Gläubigers gemäß § 105 zu hören, muß Sicherungsmaßregeln über sich ergehen und sich die Vorführung und sogar die Haft gefallen lassen, wenn er durch sein Verhalten die Befriedigung der Gläubiger aus dem Nachlasse so gefährdet, daß nur die Festnahme seiner Person Sicherheit schafft (§§ 101, 106). Für die Feststellung der Masse muß er die ihm zu Gebote stehende Auskunft ertheilen (§ 100) und auf Verlangen den Offenbarungseid leisten, auch wenn er den Nachlaß garnicht in Händen gehabt hat, weil er nur so zu dem Nachweise dieser Tatsache genötigt werden kann. Dem Wohnungszwange ihn zu unterwerfen, wenn er nicht am Orte des K.Gerichts wohnt, wird das Gericht in der Regel Abstand nehmen, indem es ihm gemäß § 101 weitgehende Erlaubnis zur Entfernung von seinem Wohnsitze giebt. Die Vorschrift des § 101 Abs. 1 aber für unanwendbar zu erklären (Josephsohn S. 43, Schröder S. 16), ist nicht angängig. Daß der Wohnort des Erben häufig ein ganz anderer ist als der Ort des für den Konkurs zuständigen Gerichts, ist nicht durchschlagend. Auch ein anderer G.Schuldner kann einen anderen Wohnort haben, als den Ort seiner gewerblichen Niederlassung oder der Niederlassnng der in Konkurs gerathenen Handelsgesellschaft, deren Gesellschafter er ist. Auch die Maßregel des Korrespondenzbeschlags kann anwendbar sein, wenn sie auch selten genug praktisch werden wird. Andererseits kann auch dem Erben aus der K.Masse eine Unterstützung gewährt werden (§§ 129, 132, vgl. dazu Anm. 19). Ebenso Jäger Anm. 11. — Er hat das Recht, die angemeldeten Forderungen im Prüfungstermin zu bestreiten und einen Vergleichsvorschlag zu machen und einen Zwangsvergleich zu schließen. Sind mehrere Erben vorhanden, so sind sie wie mehrere Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft alle G.Schuldner. Jeder einzelne hat dieselben prozessualen Befugnisse wie der Einzelerbe und die gleiche Pflicht zu tragen. Materielle Rechte können sie nur gemeinsam ausüben, also nur gemeinsam ihre Zustimmung zur Veräußerung eines Handelsgeschäfts geben und einen Zwangsvergleich nur gemeinsam vorschlagen und schließen (§ 230).

4) Von besonderer Bedeutung ist **das Recht des Erben, die angemeldeten K.Forderungen im Prüfungstermine zu bestreiten.** Hat der Erbe bestritten, so ist auf Grund der Feststellung eine andere als die Befriedigung im regelmäßigen Verlaufe des Konkurses ausgeschlossen. Hat er nicht bestritten, so findet für die Gläubiger wegen ihrer festgestellten Forderungen aus der Eintragung in die Tabelle die Zwangsvollstreckung unter entsprechender Anwendung der C.P.O. §§ 724—793 statt. Also auch unter *entsprechender* Anwendung des § 780, nach dem der Schuldner als Erbe die Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß nur geltend machen kann, wenn sie ihm im Urtheile vorbehalten ist. Würde § 780 nicht entsprechende, sondern wörtliche Anwendung finden, so hätte der Erbe im Prüfungstermin zu einer Forderung, die er nicht bestreiten will, zu erklären, daß er sich die Beschränkung der Haftung vorbehalte, und diese Erklärung müßte in die Tabelle eingetragen werden. Wenn aber nach B.G.B. § 1975 die Eröffnung des Nachlaßkonkurses die Wirkung hat und haben soll, die Haftung des Erben für Nachlaßverbindlichkeiten auf den Nachlaß zu beschränken, so muß angenommen werden, daß die *konkursmäßige* Feststellung den Vorbehalt der Haftungsbeschränkung von selbst in sich schließt. Fehlt gemäß B.G.B. § 2013 dem Nachlaßkonkurse die Wirkung des § 1975, weil der Erbe bereits vorher das Recht der beschränkten Haftung verloren hat, so ist damit auch jede Einwendung nach C.P.O. § 781 ausgeschlossen. Die Voraussetzungen des B.G.B. § 2013 darzuthun, ist aber Sache des Gläubigers. Jäger Anm. 12 zu § 214, Meyer S. 43 f. Die Ansicht von Seuffert S. 297, daß die Feststellung im Konkurse einen Titel zur Zwangsvollstreckung gegen den Erben überhaupt nicht bilden könne, widerspricht dem § 164 K.O.

Digitized by Google

5) **Auch bei mehreren Erben,** also mehreren Gemeinschuldnern, **wirkt die Feststellung,** der der Erbe nicht widersprochen hat, **über den Konkurs hinaus.** Während nun die konkursmäßige Befriedigung als eine durch alle Erben gemeinsam erfolgende zu gelten hat, kann außerhalb des Konkurses jeder Erbe als Gesammtschuldner besonders in Anspruch genommen werden (B.G.B. § 2058); jeder Zeit, sobald er unbeschränkt haftet, nach Beendigung des Konkurses auch als beschränkt haftender Erbe, wenn einzelne Nachlaßgegenstände in seinen Besitz gelangt sind. Daß dabei auch der unbeschränkt haftende Erbe mit seinem Eigenvermögen nur für den seinem Erbtheile entsprechenden Theil seiner Verbindlichkeit haftet, geht aus B.G.B. § 2059 Abs. 1 Satz 2 und § 2060 Nr. 3 hervor. Jedenfalls aber bedarf es nicht der gleichzeitigen Inanspruchnahme aller Erben. Deshalb braucht die Forderung auch nicht allen Erben gegenüber einheitlich festgestellt zu werden; sie sind für die Befriedigung außerhalb des Konkurses nothwendige Streitgenossen nur dann, wenn beim ungetheilten Nachlasse Befriedigung von ihnen allen aus dem Nachlasse verlangt wird (B.G.B. § 2059 Abs. 2, C.P.O. § 747). Daraus folgt, daß die für die Verfolgung außerhalb des Konkurses bedeutungsvolle Feststellung nicht allen Erben gegenüber einheitlich zu erfolgen hat, daß also der Widerspruch eines einzelnen Erben nicht die Feststellung gegen die anderen hindert. Ebenso Seuffert Anm. 42 zu § 52; a. M. Jäger Anm. 18, Schröder S. 18. (Die von Jäger zitirte Entscheidung des **RG.** 25. Januar 1902, Rass.K. **46** 661 hat zur Voraussetzung Geltendmachung gegen alle Erben bei ungetheiltem Nachlasse.)

6) Von den im Gesetz vorgesehenen **Erbenvertretern** kommt für den Konkurs der Nachlaßverwalter nicht in Betracht, weil er mit der Eröffnung des Konkurses seine Befugnisse verliert; die Nachlaßverwaltung hört auf (B.G.B. § 1988 Abs. 1). — Ein Nachlaßpfleger (§ 1960 B.G.B.) wird bestellt, wenn der Erbe noch nicht angenommen hat, oder unbekannt ist, solange also Ungewißheit besteht, wer Erbe und damit G.Schuldner ist. Er hat alle Funktionen des G.Schuldners zu versehen und wird von allen nicht die Persönlichkeit des G.Schuldners angehenden Pflichten getroffen. Bestreitet er im Prüfungstermine die angemeldeten Forderungen nicht, so bildet die Feststellung einen Titel zur Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Erben, der G.Schuldner ist, auch wenn er noch unbekannt ist. Zum Abschlusse eines Zwangsvergleichs ist der Nachlaßpfleger nur befugt, soweit für den Erben Verbindlichkeiten mit dem Nachlaß begründet werden. Dagegen ist er zu Rechtsgeschäften mit Nachlaßgegenständen, die nicht in die Masse fallen, befugt, er kann also seine Einwilligung zum Verkauf des Geschäfts des Erblassers mit Firma geben. Läuft während des Konkurses die Ueberlegungszeit ab, oder wird der Erbe ermittelt und tritt er die Erbschaft an, so hört die Nachlaßpflegschaft auf, und der Erbe tritt seine Stellung als G.Schuldner an. Wegen der Verfügung über Gegenstände, die nicht in die Masse fallen, kann der Erbe den Nachlaßpfleger schon während schwebenden Konkurses zur Verantwortung ziehen (arg. e contr. § 6). — Der verwaltungsberechtigte Testamentsvollstrecker (B.G.B. § 2205), der nicht Vertreter des Erben ist (vgl. Anm. 9 zu § 216), sondern selbständige Verfügungsmacht über den Nachlaß hat, dessen Amt deshalb auch nicht mit der K.Eröffnung erlischt, kann im Konkurse nur soweit in Thätigkeit treten, als durch den Konkurs seine Befugnisse und die von ihm vertretenen Interessen berührt werden. Dies ist der Fall, soweit Rechtshandlungen in Frage stehen, zu deren Vornahme die Zustimmung des G.Schuldners erforderlich ist (Verkauf des Geschäfts mit Firma), ferner bei der Feststellung der K.Forderungen mit Vollstreckungswirkung außerhalb des Konkurses und bei Abschluß eines Zwangsvergleichs. In den beiden letzten Fällen würde möglicherweise in seine Befugnisse eingegriffen. Da er mit der K.Eröffnung die Verfügungsgewalt verliert, so wirkt die Feststellung — soweit der Nachlaß in Frage kommt — auch gegen den Testamentsvollstrecker, sofern er im Prüfungstermine nicht widerspricht, die Eintragung stellt den nach C.P.O. § 748 zur Vollstreckung gegen ihn erforderlichen Titel dar. Sein Widerspruch muß deshalb gehört und in die Tabelle eingetragen werden. Wegen des Z.V. vgl. § 230.

7) III. **Die Wirkungen der Eröffnung des Nachlaßkonkurses auf die Rechtsstellung des Erben außerhalb des Konkurses** werden durch das bürgerliche Recht bestimmt. Diese Wirkungen sind außer den in Anm. 2 genannten:

Digitized by Google

a) Der Erbe haftet — falls er nicht schon unbeschränkt haftet — mit der Eröffnung des Konkurses den Nachlaßgläubigern nur noch mit dem Nachlasse (B.G.B. § 1975). Damit hängt zusammen, daß er für die bis zur K.Eröffnung geführte Verwaltung von der Annahme der Erbschaft an wie ein Beauftragter der Gläubiger, für die Zeit vor der Annahme wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag einzustehen hat (B.G.B. § 1978, Anm. 10, 11); und daß ihm zur Errichtung eines Inventars mit Androhung des Verlustes der Haftungsbeschränkung eine Frist nicht mehr bestimmt werden kann (B.G.B. § 2000).

b) Die in Folge des Erbfalls durch Vereinigung von Rechten und Verbindlichkeiten oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse gelten als nicht erloschen, (B.G.B. § 1976); und die von einem Nachlaßgläubiger vor der Eröffnung des Nachlaßkonkurses ohne Zustimmung des Erben vorgenommene Aufrechnung einer Forderung des Gläubigers gegen eine nicht zum Nachlasse gehörige Forderung des Erben gilt ebenso wenig als erfolgt, wie die von einem Erbengläubiger unter gleichen Voraussetzungen vorgenommene Aufrechnung einer ihm gegen den Erben zustehenden Forderung gegen eine zum Nachlaß gehörige Forderung (B.G.B. § 1977).

Für den Nichteintritt von Konfusion und Konsolidation ist es gleichgültig, ob der Erbe beschränkt oder unbeschränkt haftet. Die Aufrechnungsbefugniß des Nachlaß- oder Erbengläubigers dagegen bleibt von § 1977 unberührt, wenn die Erbenhaftung nicht auf den Nachlaß beschränkt ist (B.G.B. § 2013). Der Nachlaß ist dann bis zur K.Eröffnung nicht einmal fiktiv von dem Erbenvermögen gesondert; die Nachlaßgläubiger können sich dafür unbeschränkt an das Vermögen des Erben halten. Nicht beeinträchtigt wird ferner die Aufrechnungsbefugniß des Erben. Haftet er beschränkt, so hat er gemäß B.G.B. § 1978 für die Aufrechnung wie für jeden anderen Verwaltungsakt einzustehen; haftet er unbeschränkt, so kann die in der Aufrechnung liegende Entäußerung eines Nachlaßgegenstandes ebensowenig verhindert werden, wie die in anderer Weise erfolgende. — Für die Aufrechnung nach der Eröffnung des Nachlaßkonkurses ist ebenfalls danach zu unterscheiden, ob der Erbe beschränkt oder unbeschränkt haftet. Haftet er beschränkt, so ist mit der K. Eröffnung eine völlige Sonderung zwischen Nachlaß und Erbenvermögen eingetreten, es können nur noch Nachlaßforderungen gegen Nachlaßverbindlichkeiten und Erbenforderungen gegen Erbenverbindlichkeiten aufgerechnet werden. Haftet der Erbe unbeschränkt, so kann zwar vom Erben oder vom Erbengläubiger mit einer Nachlaßforderung nicht mehr gegen eine Erbenverbindlichkeit aufgerechnet werden, weil beiden ein Einfluß auf den Nachlaß entzogen ist; der Erbe kann aber mit einer Forderung gegen den Nachlaß gegen eine Forderung des Nachlasses gegen ihn und der Nachlaßgläubiger kann mit einer gegen den Nachlaß bestehenden Forderung gegen eine Verbindlichkeit gegen den Erben aufrechnen. Der Erbe hat im letzten Falle mit vollzogener Aufrechnung die Nachlaßverbindlichkeit getilgt und darf an Stelle des befriedigten Nachlaßgläubigers dessen Forderung im Konkurse geltend machen (§ 225).

c) Die sechsmonatige Frist, vor deren Ablauf ein Anspruch, der zu einem Nachlaß gehört oder sich gegen einen Nachlaß richtet, nicht verjährt (B.G.B. § 207), beginnt, wenn nicht früher, jedenfalls mit der K.Eröffnung.

8) IV. **Die K.Masse** besteht beim Nachlaßkonkurse nicht aus dem gesammten Vermögen des G.Schuldners, sondern nur aus seinem Vermögen, soweit es zum Nachlasse gehört. Im Übrigen aber findet auf diesen Nachlaß § 1 Anwendung, das heißt, nur der Nachlaß, der zu dem pfändbaren Vermögen des Schuldners zählt und der ihm zur Zeit der K.Eröffnung gehört, fällt in die K.Masse des Nachlaßkonkurses.

9) Wegen der **Gegenstände, die einer Zwangsvollstreckung nicht unterliegen** und deshalb nicht in die K.Masse fließen, ist zunächst auf § 1 Anm. 8—17 zu verweisen. Es ist sodann aber zu prüfen, ob bei Gegenständen, die mit Rücksicht auf die persönlichen Verhältnisse des Schuldners der Pfändung entzogen sind, CPO. § 811, mit dem Tode des Schuldners insofern eine Änderung eingetreten ist, als nun — auch außerhalb des Konkurses — Gegenstände, die zum Nachlaß gehören, auch von Nachlaßgläubigern nicht gepfändet werden dürfen, weil sie für die persönlichen Bedürfnisse des Erben nothwendig

Digitized by Google

sind, obwohl sie bei Lebzeiten des Erblassers der Pfändung unterworfen gewesen wären. Schon in der Fragestellung ist zunächst die Ansicht zurückgewiesen, als könnte die Rücksicht auf den Erblasser noch nach seinem Tode fortdauern. (So Petersen-Kleinfeller Anm. 5 zu § 216, Josephsohn S. 43.) Dem Verstorbenen ist nichts unentbehrlich, einem vermögenden Erben gegenüber giebt es also eine Unpfändbarkeit aus dieser Rücksicht nicht. Auch ist der Schuldner, in dessen Vermögen die Zwangsvollstreckung versucht wird, nicht der Erblasser, sondern der Erbe, seine Bedürfnisse allein können in Frage kommen. Zu beachten ist zwar der allgemeine Rechtsgrundsatz, daß der Nachlaß dem Erben erst deducto aere alieno zu Gute kommen soll. Indeß ergiebt sich aus CPO. § 811 Nr. 1—3 u. 6 und aus § 812, daß der Grundsatz der Unpfändbarkeit unentbehrlicher Gegenstände der stärkere ist. Nicht nur die Bedürfnisse des Schuldners, sondern gerade auch die seines Hausstandes, seiner Familie sind maßgebend; in Nr. 6 ist die Bestimmung gegeben, daß bei der Wittwe und den minderjährigen Kindern eines Künstlers, Handwerkers u. s. w. die zur Fortsetzung der Erwerbsthätigkeit unentbehrlichen Gegenstände selbst dann unpfändbar sind, wenn sie die Erwerbthätigkeit nicht „persönlich" fortsetzen (Nr. 5), sondern durch einen Stellvertreter. Bei einer persönlichen Fortsetzung der Erwerbsthätigkeit soll sich die Unpfändbarkeit schon aus Nr. 5 ergeben. Komm.Bericht zu C.P.O.Novelle S. 193.

10) Die K.Masse wird sodann in weiterer Anwendung des § 1 **von dem Nachlasse gebildet, soweit er zur Zeit der K.Eröffnung vorhanden ist.** Danach fallen in die Masse zunächst alle Gegenstände, die schon zum Vermögen des Erblassers zur Zeit des Erbfalles gehörten. Ferner wird man dazu rechnen müssen die Ansprüche, die nach dem Eintritt des Erbfalles in Folge Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Erbschaftsgegenstandes erworben sind, weil dieser Erwerb sich unabhängig von einer Thätigkeit des Erben selbst vollzieht und für ihn lediglich durch das Eigenthum des Nachlaßgegenstandes vermittelt wird. Dagegen kann das zur Befriedigung dieser Ansprüche Geleistete, auch wenn es vom sonstigen Erbenvermögen unterscheidbar vorhanden ist, und ein vom Erben auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechtes erworbener Gegenstand (Strohal Anm. 2b zu § 78) nicht zum Nachlaß gerechnet werden; auch nicht die vom Erben für Rechnung des Nachlasses (z. B. durch Anlegung von Nachlaßgeldern, Uebereignung einer vom Erblasser gekauften Sache an den Erben als solchen) erworbenen Rechte (Jäger Anm. 25 zu § 214). Noch weiter geht Beyer, Die Surrogation bei Vermögen nach B.G.B. S. 243, der alle mit Nachlaßmitteln erworbenen Gegenstände Nachlaßbestandtheile werden lassen will. Eine solche Surrogation ist ohne besondere Vorschrift nicht anzunehmen und widerspricht den für die Aussonderung des Nachlasses aus dem Erbenvermögen gegebenen Vorschriften der §§ 1978—1980 B.G.B.

Zum Verständniß dieser Vorschriften ist davon auszugehen, daß der Erbe Eigenthümer des Nachlasses und im vollen Umfang für sich verfügungsberechtigt ist. Eine Sonderung zwischen Nachlaß und Erbenvermögen giebt es nicht mehr. Recht und Verbindlichkeit zwischen Erben und Erblasser sind durch Vereinigung untergegangen. Die Nachlaßverbindlichkeiten sind Verbindlichkeiten des Erben geworden. Will aber der Erbe für sie nur mit dem Nachlaß haften, so muß er den Gläubigern (sofern sie nicht ausgeschlossen sind oder ausgeschlossenen gleich stehen, B.G.B. §§ 1973 und 1974) in allen Fällen den ganzen Nachlaß so zur Verfügung stellen, daß sie sich daraus befriedigen können. Dies geschieht durch Hingabe an den Nachlaßverwalter, an den Nachlaßkonkursverwalter oder, falls Verwaltung oder Konkurs nicht möglich oder kraft besonderer Vorschrift (§ 1992 B.G.B.) nicht erforderlich ist, durch Herausgabe an die Gläubiger selbst zum Zweck der Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung (§ 1990). Hierbei muß der Nachlaß nach Möglichkeit so wieder hergestellt werden, wie er bei dem Eintritt des Erbfalles gewesen ist. Deshalb die Vorschrift des § 1976, wonach die durch Konfusion oder Konsolidation erloschenen Rechte und Verbindlichkeiten als nicht erloschen gelten. Die übrigen inzwischen namentlich durch die Verwaltung des Nachlasses eingetretenen Veränderungen müssen ausgeglichen werden. Der Ausgleich ist vom Erben mit Hülfe seines übrigen Vermögens vorzunehmen; die Grundsätze, nach denen er zu erfolgen hat,

Digitized by Google

sind in den §§ 1978—1980, besonders durch die Vorschrift des § 1978 Abs. 1 geregelt. In dieser Vorschrift ist dem Erben eine Pflicht zur Verwaltung des Nachlasses auferlegt, ihm aber nicht etwa vorgeschrieben, den ihm selbst eigenthümlich gehörigen Nachlaß als Stellvertreter eines Dritten zu verwalten. Der Erbe erwirbt und veräußert Gegenstände nicht etwa „für den Nachlaß"; er ist vielmehr nur für die Gestaltung des Nachlasses in dem Augenblicke, wo dieser für die Gläubiger herzugeben ist, so verantwortlich wie ein Geschäftsführer, der den Nachlaß von der Annahme an durch den Erben für die Gläubiger zu verwalten hätte und vor der Annahme als Geschäftsführer ohne Auftrag anzusehen wäre. Die Ansprüche, die nach diesen Grundsätzen aus der Verwaltung, der Verwaltungspflicht und den für den Erben besonders gegebenen Vorschriften der §§ 1979, 1980 erwachsen sind, gehören nach B.G.B. § 1978 Abs. 2 „zum Nachlaß", nicht aber die durch die Verwaltung in das Vermögen des Erben geflossenen Gegenstände. Im Falle eines Erbenkonkurses können also nur die eigentlichen Nachlaßgegenstände und die zu Eingang genannten vom Erben ohne eigenes Zuthun erworbenen Ersatzansprüche ausgesondert werden. Die auf Grund der §§ 1978—1980 gegen den Erben erwachsenen Rechte gewähren nur einen obligatorischen Anspruch, geben also im Erbenkonkurse nur eine Konkursforderung.

11) Die Vorschriften über den Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag ergeben den Umfang der Verpflichtung des Erben nur in Verbindung mit dem Umstande, daß der Erbe den Nachlaß als sein Eigentum zu gebrauchen berechtigt ist, sobald er im Sinne des § 1943 B.G.B. die Erbschaft angenommen hat, und daß er, sobald dies geschehen ist, als Eigenthümer vom Augenblicke des Erbfalles an gilt (B.G.B. § 1942). Nicht jede Verwaltungshandlung, die mit dem Nachlaß vorgenommen ist, kann deshalb den Vorschriften über Auftrag und Geschäftsbesorgung ohne Auftrag unterliegen. Das Interesse der Gläubiger erfordert nur die Erhaltung des Nachlasses in seinem zur Zeit des Erbfalles bestehenden Umfang und Werte. Nur soweit geht deshalb auch die Verpflichtung des Erben zur Geschäftsführung.

Der Erbe hat daher nach B.G.B. §§ 667, 681 zur Nachlaßkonkursmasse alles das herauszugeben, was er durch eine auf Erhaltung des Nachlasses zielende Verwaltungshandlung erworben hat. Dazu gehört vor allem das, was er in Verfolg der gegen Dritte gerichteten Ansprüche auf Ersatz für beschädigte, vernichtete oder entzogene Gegenstände erworben hat, ferner die Gegenstände, die in Erfüllung von Nachlaßforderungen gegeben sind. Es können ferner dazu gehören: der Erlös verkaufter Gegenstände sowie Werthpapiere, die für Baarmittel des Nachlasses zum Zwecke der Anlegung beschafft sind. Dagegen ist von der Herausgabepflicht ausgeschlossen jeder mit Hülfe des Nachlasses gemachte Neuerwerb. Was als Geschäftsbesorgung und was als eine Vermögenshandlung des Erben anzusehen ist, muß unabhängig von dem Willen des Erben nach objektiven Grundsätzen beurtheilt werden; die Bedeutung des § 1978 B.G.B. ist gerade, daß der Erbe auch wider seinen Willen als Beauftragter oder als Geschäftsführer anzusehen ist.

Des Weiteren hat der Erbe für versäumte Verwaltungspflicht von der Zeit der Annahme an aufzukommen. Er ist also für Unterlassung und zweckwidrige Verwaltung verantwortlich. Hat er im Nachlasse befindliches Geld anders als zur Erhaltung des Nachlasses verwandt, so muß er es von der Zeit der Verwendung an verzinsen, B.G.B. § 668. Dagegen gehört es nicht zu seiner Pflicht, gute Geschäfte mit dem Nachlasse zu machen, überhaupt für Neuerwerb zu sorgen. Vor der Annahme besteht eine Verwaltungspflicht überhaupt nicht. Über die entsprechende Anwendung der einzelnen im B.G.B. §§ 662—687 erlassenen Vorschriften vgl. Planck Anm. 2 zu § 1978 B.G.B.

Schließlich können gegen den Erben die Ansprüche aus den für ihn besonders gegebenen Bestimmungen der §§ 1979, 1980 geltend gemacht werden.

12) Haftet der Erbe allgemein unbeschränkt, so finden B.G.B. §§ 1978—1980 keine Anwendung, B.G.B. § 2013. Damit ist die Verpflichtung des Erben für die Verwaltung des Nachlasses den Gläubigern zu haften, fortgefallen. Hat er den Nachlaß verändert und Nachlaßgegenstände und Werte dem Nachlasse entführt, so sind aus solchem Verhalten den Gläubigern keine Ansprüche gegeben. Sie können sich auch ohne solche an das ganze

Digitized by Google

Vermögen des Erben halten, haben aber kein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus anderen als den wirklich noch vorhandenen Nachlaßgegenständen. Nur diese gehören zur Nachlaßkonkursmasse. Es ergiebt sich daraus gerade bei unbeschränkter Haftung des Erben das Interesse der Gläubiger, mit möglichster Beschleunigung den Nachlaßkonkurs eröffnen zu lassen, damit im Falle einer Unzulänglichkeit des Erbenvermögens ihnen vom Nachlasse selbst möglichst viel erhalten bleibe. Ebenso Jäger Anm. 25 Abs. 2 zu § 214.

13) **Mehrere Erben** stehen den Nachlaßgläubigern gegenüber wie der Einzelerbe. Auch sie haben den Gläubigern, soweit sie nicht unbeschränkt haften, dafür einzustehen, daß der Nachlaß nach Bestand und Werth möglichst unverkürzt zu ihrer Befriedigung verwandt werden kann. Da der Nachlaßkonkurs auch noch nach der Theilung des Nachlasses zulässig ist, § 216 Abs. 2, muß dann die Rückgewähr der Teile in die Hand des Verwalters unter Berücksichtigung der Verwaltung und der Verwaltungspflicht der einzelnen Miterben erfolgen. Die Miterben haften nach dem Grundsatze des B.G.B. § 2058, § 1967 Abs. 2 als Gesammtschuldner auch für die Verwaltung des Nachlasses und damit auch für die eine Veräußerung der Nachlaßgegenstände an die einzelnen Miterben, also einen wesentlichen Verwaltungsakt darstellende Theilung. Sie müssen deshalb folgerecht auch für die Verwaltungshandlungen der einzelnen Miterben die Haftung als Gesammtschuldner tragen. Das Verhältniß der Miterben zu einander ist aber auch zu Gunsten der Gläubiger nicht von Bedeutung für die Bildung der K.Masse. Die Bestimmung des § 2041 also, daß im Verhältnisse der Miterben zu einander zum Nachlasse auch gehöre, was auf Grund eines zum Nachlaß gehörenden Rechts oder als Ersatz für Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Nachlaßgegenstandes oder durch ein Rechtsgeschäft erworben ist, das sich auf den Nachlaß bezieht, findet auf das Verhältniß zu den Gläubigern keine Anwendung.

14) **Der gesammte Nachlaß kann sich** zur Zeit der K.Eröffnung **in der Hand eines Anderen als des G.Schuldners befinden.** Dies ist der Fall, wenn den Nachlaß besitzt a) ein berufener Erbe, der ausgeschlagen hat (B.G.B. § 1944); b) ein Nachlaßpfleger (Verwalter) (B.G.B. §§ 1959, 1981); c) ein Erbschaftsbesitzer (B.G.B. § 2028); d) der Vorerbe nach Eintritt der Nacherbfolge (B.G.B. § 2100). In solchen Fällen bestimmt sich der Umfang des Nachlasses nach den Ansprüchen des G.Schuldners. Damit kommt auch die in den §§ 2019, 2111 angeordnete Surrogation zur Anwendung, die dem Erben (oder Erbschaftsbesitzer) über die Gläubigerhaftung des Erben hinausgehende Verpflichtungen auflegt. Ebenso verhält es sich, wenn aus einem der genannten Rechtsverhältnisse noch einzelne Nachlaßgegenstäude zu leisten sind. Auch sie gehören zum Nachlasse. Folgeweise gehört, wenn der Erbe oder der Nacherbe den Nachlaß seinen Ansprüchen gemäß bereits ausgeantwortet erhalten hat, zur Nachlaßkonkursmasse alles Erhaltene und außerdem das, was der Vorerbe dem Nacherben gegenüber zu behalten befugt ist (Früchte). — Über die Bildung der K.Masse im Falle des Erbschaftskaufes vgl. Anm. 4 zu § 232.

15) Der Verwalter im Nachlaßkonkurse hat auch **solche dem Erben als solchem zustehenden Rechte auszuüben, die für sich einen Vermögenswerth nicht darstellen,** insbesondere das Recht, Auskunft über den Nachlaß von den Hausgenossen des Erblassers zu fordern (B.G.B. § 2028), das sich von dem Rechte, die Offenbarung eines herauszugebenden Inbegriffs von Sachen oder Auskunft über den Bestand eines solchen Inbegriffs zu fordern (B.G.B. § 260), höchstens dadurch unterscheidet, daß erst durch die Auskunft ermittelt werden soll, ob überhaupt ein Anspruch des Erben besteht.

16) V. **Tod des G.Schuldners während des Konkurses.** Im Anschluß an die allgemeine Erörterung über den Nachlaßkonkurs ist die Frage zu besprechen, welchen Einfluß der Tod des G.Schuldners auf den schwebenden Konkurs hat. Zunächst wird dieser Konkurs weder beendet noch unterbrochen; er wird nicht beendet, weil die Endigungsgründe in der K.O. genannt sind — Ausschüttung der Masse, Zwangsvergleich, Konkursverzicht, Aufhebung wegen Mangel an Masse — und der Tod des G.Schuldners nicht darunter ist; er wird auch nicht nach Maßgabe der Z.P.O. § 249 unterbrochen, weil ungeachtet der nach § 72 anzuwendenden Analogie der Z.P.O. der G.Schuldner nicht die Stellung eines Beklagten und vor allem der Erbe überhaupt nicht die Verfügung über

Digitized by Google

sind in den §§ 1978—1980, besonders durch die Vorschrift des § 1978 Abs. 1 geregelt. In dieser Vorschrift ist dem Erben eine Pflicht zur Verwaltung des Nachlasses auferlegt, ihm aber nicht etwa vorgeschrieben, den ihm selbst eigenthümlich gehörigen Nachlaß als Stellvertreter eines Dritten zu verwalten. Der Erbe erwirbt und veräußert Gegenstände nicht etwa „für den Nachlaß"; er ist vielmehr nur für die Gestaltung des Nachlasses in dem Augenblicke, wo dieser für die Gläubiger herzugeben ist, so verantwortlich wie ein Geschäftsführer, der den Nachlaß von der Annahme an durch den Erben für die Gläubiger zu verwalten hätte und vor der Annahme als Geschäftsführer ohne Auftrag anzusehen wäre. Die Ansprüche, die nach diesen Grundsätzen aus der Verwaltung, der Verwaltungspflicht und den für den Erben besonders gegebenen Vorschriften der §§ 1979, 1980 erwachsen sind, gehören nach B.G.B. § 1978 Abs. 2 „zum Nachlaß", nicht aber die durch die Verwaltung in das Vermögen des Erben geflossenen Gegenstände. Im Falle eines Erbenkonkurses können also nur die eigentlichen Nachlaßgegenstände und die zu Eingang genannten vom Erben ohne eigenes Zuthun erworbenen Ersatzansprüche ausgesondert werden. Die auf Grund der §§ 1978—1980 gegen den Erben erwachsenen Rechte gewähren nur einen obligatorischen Anspruch, geben also im Erbenkonkurse nur eine Konkursforderung.

11) Die Vorschriften über den Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag ergeben den Umfang der Verpflichtung des Erben nur in Verbindung mit dem Umstande, daß der Erbe den Nachlaß als sein Eigentum zu gebrauchen berechtigt ist, sobald er im Sinne des § 1943 B.G.B. die Erbschaft angenommen hat, und daß er, sobald dies geschehen ist, als Eigenthümer vom Augenblicke des Erbfalles an gilt (B.G.B. § 1942). Nicht jede Verwaltungshandlung, die mit dem Nachlaß vorgenommen ist, kann deshalb den Vorschriften über Auftrag und Geschäftsbesorgung ohne Auftrag unterliegen. Das Interesse der Gläubiger erfordert nur die Erhaltung des Nachlasses in seinem zur Zeit des Erbfalles bestehenden Umfang und Werte. Nur soweit geht deshalb auch die Verpflichtung des Erben zur Geschäftsführung.

Der Erbe hat daher nach B.G.B. §§ 667, 681 zur Nachlaßkonkursmasse alles das herauszugeben, was er durch eine auf Erhaltung des Nachlasses zielende Verwaltungshandlung erworben hat. Dazu gehört vor allem das, was er in Verfolg der gegen Dritte gerichteten Ansprüche auf Ersatz für beschädigte, vernichtete oder entzogene Gegenstände erworben hat, ferner die Gegenstände, die in Erfüllung von Nachlaßforderungen gegeben sind. Es können ferner dazu gehören: der Erlös verkaufter Gegenstände sowie Werthpapiere, die für Baarmittel des Nachlasses zum Zwecke der Anlegung beschafft sind. Dagegen ist von der Herausgabepflicht ausgeschlossen jeder mit Hülfe des Nachlasses gemachte Neuerwerb. Was als Geschäftsbesorgung und was als eine Vermögenshandlung des Erben anzusehen ist, muß unabhängig von dem Willen des Erben nach objektiven Grundsätzen beurtheilt werden; die Bedeutung des § 1978 B.G.B. ist gerade, daß der Erbe auch wider seinen Willen als Beauftragter oder als Geschäftsführer anzusehen ist.

Des Weiteren hat der Erbe für versäumte Verwaltungspflicht von der Zeit der Annahme an aufzukommen. Er ist also für Unterlassung und zweckwidrige Verwaltung verantwortlich. Hat er im Nachlasse befindliches Geld anders als zur Erhaltung des Nachlasses verwandt, so muß er es von der Zeit der Verwendung an verzinsen, B.G.B. § 668. Dagegen gehört es nicht zu seiner Pflicht, gute Geschäfte mit dem Nachlasse zu machen, überhaupt für Neuerwerb zu sorgen. Vor der Annahme besteht eine Verwaltungspflicht überhaupt nicht. Über die entsprechende Anwendung der einzelnen im B.G.B. §§ 662—687 erlassenen Vorschriften vgl. Planck Anm. 2 zu § 1978 B.G.B.

Schließlich können gegen den Erben die Ansprüche aus den für ihn besonders gegebenen Bestimmungen der §§ 1979, 1980 geltend gemacht werden.

12) Haftet der Erbe allgemein unbeschränkt, so finden B.G.B. §§ 1978—1980 keine Anwendung, B.G.B. § 2013. Damit ist die Verpflichtung des Erben für die Verwaltung des Nachlasses den Gläubigern zu haften, fortgefallen. Hat er den Nachlaß verändert und Nachlaßgegenstände und Werte dem Nachlasse entführt, so sind aus solchem Verhalten den Gläubigern keine Ansprüche gegeben. Sie können sich auch ohne solche an das ganze

Digitized by Google

Vermögen des Erben halten, haben aber kein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus anderen als den wirklich noch vorhandenen Nachlaßgegenständen. Nur diese gehören zur Nachlaßkonkursmasse. Es ergiebt sich daraus gerade bei unbeschränkter Haftung des Erben das Interesse der Gläubiger, mit möglichster Beschleunigung den Nachlaßkonkurs eröffnen zu lassen, damit im Falle einer Unzulänglichkeit des Erbenvermögens ihnen vom Nachlasse selbst möglichst viel erhalten bleibe. Ebenso Jäger Anm. 25 Abs. 2 zu § 214.

13) **Mehrere Erben** stehen den Nachlaßgläubigern gegenüber wie der Einzelerbe. Auch sie haben den Gläubigern, soweit sie nicht unbeschränkt haften, dafür einzustehen, daß der Nachlaß nach Bestand und Werth möglichst unverkürzt zu ihrer Befriedigung verwandt werden kann. Da der Nachlaßkonkurs auch noch nach der Theilung des Nachlasses zulässig ist, § 216 Abs. 2, muß dann die Rückgewähr der Teile in die Hand des Verwalters unter Berücksichtigung der Verwaltung und der Verwaltungspflicht der einzelnen Miterben erfolgen. Die Miterben haften nach dem Grundsatze des B.G.B. § 2058, § 1967 Abs. 2 als Gesammtschuldner auch für die Verwaltung des Nachlasses und damit auch für die eine Veräußerung der Nachlaßgegenstände an die einzelnen Miterben, also einen wesentlichen Verwaltungsakt darstellende Theilung. Sie müssen deshalb folgerecht auch für die Verwaltungshandlungen der einzelnen Miterben die Haftung als Gesammtschuldner tragen. Das Verhältniß der Miterben zu einander ist aber auch zu Gunsten der Gläubiger nicht von Bedeutung für die Bildung der K.Masse. Die Bestimmung des § 2041 also, daß im Verhältnisse der Miterben zu einander zum Nachlasse auch gehöre, was auf Grund eines zum Nachlaß gehörenden Rechts oder als Ersatz für Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Nachlaßgegenstandes oder durch ein Rechtsgeschäft erworben ist, das sich auf den Nachlaß bezieht, findet auf das Verhältniß zu den Gläubigern keine Anwendung.

14) **Der gesammte Nachlaß kann sich** zur Zeit der K.Eröffnung **in der Hand eines Anderen als des G.Schuldners befinden.** Dies ist der Fall, wenn den Nachlaß besitzt a) ein berufener Erbe, der ausgeschlagen hat (B.G.B. § 1944); b) ein Nachlaßpfleger (Verwalter) (B.G.B. §§ 1959, 1981); c) ein Erbschaftsbesitzer (B.G.B. § 2028); d) der Vorerbe nach Eintritt der Nacherbfolge (B.G.B. § 2100). In solchen Fällen bestimmt sich der Umfang des Nachlasses nach den Ansprüchen des G.Schuldners. Damit kommt auch die in den §§ 2019, 2111 angeordnete Surrogation zur Anwendung, die dem Erben (oder Erbschaftsbesitzer) über die Gläubigerhaftung des Erben hinausgehende Verpflichtungen auflegt. Ebenso verhält es sich, wenn aus einem der genannten Rechtsverhältnisse noch einzelne Nachlaßgegenstäude zu leisten sind. Auch sie gehören zum Nachlasse. Folgeweise gehört, wenn der Erbe oder der Nacherbe den Nachlaß seinen Ansprüchen gemäß bereits ausgeantwortet erhalten hat, zur Nachlaßkonkursmasse alles Erhaltene und außerdem das, was der Vorerbe dem Nacherben gegenüber zu behalten befugt ist (Früchte). — Über die Bildung der K.Masse im Falle des Erbschaftskaufes vgl. Anm. 4 zu § 232.

15) Der Verwalter im Nachlaßkonkurse hat auch **solche dem Erben als solchem zustehenden Rechte auszuüben, die für sich einen Vermögenswerth nicht darstellen,** insbesondere das Recht, Auskunft über den Nachlaß von den Hausgenossen des Erblassers zu fordern (B.G.B. § 2028), das sich von dem Rechte, die Offenbarung eines herauszugebenden Inbegriffs von Sachen oder Auskunft über den Bestand eines solchen Inbegriffs zu fordern (B.G.B. § 260), höchstens dadurch unterscheidet, daß erst durch die Auskunft ermittelt werden soll, ob überhaupt ein Anspruch des Erben besteht.

16) V. **Tod des G.Schuldners während des Konkurses.** Im Anschluß an die allgemeine Erörterung über den Nachlaßkonkurs ist die Frage zu besprechen, welchen Einfluß der Tod des G.Schuldners auf den schwebenden Konkurs hat. Zunächst wird dieser Konkurs weder beendet noch unterbrochen; er wird nicht beendet, weil die Endigungsgründe in der K.O. genannt sind — Ausschüttung der Masse, Zwangsvergleich, Konkursverzicht, Aufhebung wegen Mangel an Masse — und der Tod des G.Schuldners nicht darunter ist; er wird auch nicht nach Maßgabe der Z.P.O. § 249 unterbrochen, weil ungeachtet der nach § 72 anzuwendenden Analogie der Z.P.O. der G.Schuldner nicht die Stellung eines Beklagten und vor allem der Erbe überhaupt nicht die Verfügung über

Digitized by Google

den in den Händen des Verwalters befindlichen Nachlaß hat. Er wird ebensowenig unterbrochen wie eine bereits begonnene Zwangsvollstreckung, durch die der ihr unterliegende Gegenstand der Verfügungsgewalt des Schuldners entzogen war. Der Konkurs geht also weiter, und da zu einem Konkurse ein G.Schuldner gehört, dessen Vermögen sich im Konkurse befindet, so muß wie bisher auch weiterhin der Eigenthümer dieses Vermögens der G.Schuldner sein. Möglicherweise ist er noch verhindert, die Rechte und Pflichten eines G.Schuldners zu übernehmen — wegen Unkenntniß seiner Erbeneigenschaft, oder weil er noch unschlüssig ist, oder er Erbe sein will oder nicht — dann muß ihm nach B.G.B. § 1960 ein Vertreter bestellt werden. Der Erbe ist also G.Schuldner, wie er es im Nachlaßkonkurse ist, aber er ist es aus demselben Grunde, wie im Nachlaßkonkurse, weil er Eigenthümer der Masse, Schuldner der K.Forderungen ist, nicht weil der nach dem Tode des G.Schuldners fortgesetzte Konkurs ein Nachlaßkonkurs ist.

Daß der K. mit dem Tode des G.Schuldners ein Nachlaßkonkurs werde, wird von Jäger Anm. 21 ff. zu § 214 behauptet. Eine Auseinandersetzung über diese Frage ist von Bedeutung nur insofern, als zweifelhaft sein kann, ob die oben bezeichneten Wirkungen eines Nachlaßkonkurses auch bei einem über das Vermögen eines verstorbenen G.Schuldners fortgesetzten Konkurse eintreten. Dabei ist zu unterscheiden zwischen den konkursrechtlichen Wirkungen auf den Nachlaß und den Wirkungen, die der Konkurs auf die Stellung des Erben gegenüber den Nachlaßgläubigern hat. Nicht, indem man den jetzt über nachgelassenes Vermögen schwebenden Konkurs einen Nachlaßkonkurs nennt, darf man zu Folgerungen fortschreiten, die im Gesetze an den von ihm mit dem Ausdruck Nachlaßkonkurs bezeichneten Konkurs geknüpft werden; es heißt vielmehr prüfen, ob die eigenartigen Wirkungen eines Nachlaßkonkurses auch einem solchen Konkurse zukommen. Und da versagt sofort die Uebereinstimmung an der wichtigsten Stelle.

17) Nach B.G.B. § 1975 **haftet der Erbe** — soweit er nicht unbeschränkt haftet, B.G.B. § 2013 — **für die Nachlaßverbindlichkeiten** nur mit dem Nachlasse, sobald der Nachlaßkonkurs eröffnet ist. Der Grund ist klar. Die mit der Eröffnung des Konkurses eintretende völlige Scheidung des Nachlasses vom Eigenvermögen des Erben, die noch unterstützt wird durch die im B.G.B. §§ 1978—1980 gesetzte Verwaltungs- und Ersatzpflicht des Erben, sichert den Nachlaßgläubigern die Bereitstellung des Erblasservermögens in vollem Umfange. Der Erbe hat sich zu ihren Gunsten des gesammten Nachlasses entschlagen müssen; sie sollen nach Möglichkeit Alles erhalten, was sie zu Lebzeiten des Erblassers von diesem hätten erhalten können. Dies ist keineswegs der Fall, wenn bereits beim Tode des Erblassers ein Konkurs über sein Vermögen schwebte. Dieser Konkurs umfaßte immer nur sein derzeitiges Vermögen; Gegenstände, die mit Rücksicht auf den Erblasser unpfändbar waren, fielen nicht in die Masse (§ 1); nicht alle Gläubiger, die beim Tode des G.Schuldners Nachlaßgläubiger sind, waren schon bei der K.Eröffnung Gläubiger des Verstorbenen; eine Erweiterung der Kreise der Masse einerseits und der Gläubiger andererseits ist auch nach Jägers Ansicht in Folge der §§ 1 und 3 K.O. ausgeschlossen. Dadurch, daß im Konkurse ein bestimmtes Vermögen bestimmten Gläubigern gewidmet ist, wird, wenn auch nicht die Möglichkeit, so doch die *Gewißheit* ausgeschlossen, daß der gesammte Nachlaß fortan allen Nachlaßgläubigern zur Befriedigung dient. Nur diese aber schließt ohne Weiteres jede weitere Verpflichtung des Erben aus, befreit ihn von der Inventarpflicht (§ 2000) und entfernt damit ein für alle Mal die Möglichkeit, eine unbeschränkte Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten herbeizuführen. Solange der Erblasser auch nur möglicherweise Vermögen außerhalb der K.Masse hatte, kann von dem Erben die Errichtung eines Inventars, jedenfalls Auskunft gefordert werden. Ob irgend ein dem verstorbenen G.Schuldner gehöriger Gegenstand vorhanden ist, der nicht in die bisherige K.Masse fällt, kann sich erst aus der von dem Erben zu ertheilenden Auskunft ergeben. Der Fall, daß ein für Eröffnung des Nachlaßkonkurses genügender Nachlaß nicht vorhanden ist, ist im Gesetze, BGB. § 1990, vorgesehen. Versäumt oder verletzt der Erbe seine Auskunftspflicht, so treten damit die Folgen der §§ 1994, 2005 ein, von denen der Erbe durch den schwebenden Konkurs keineswegs befreit wird.

Digitized by Google

18) Eine weitere materiellrechtliche Wirkung des Nachlaßkonkurses ist in der Vorschrift des § 1976 B.G.B. gegeben, wonach die mit dem Erbfall eintretende **Aufhebung von Rechten und Verbindlichkeiten und von Recht und Belastung durch Vereinigung** (vgl. oben Anm. 7) mit der Eröffnung des Nachlaßkonkurses als nicht eingetreten gilt. Träte sie doch ein, weil der Konkurs kein Nachlaßkonkurs sei, so würde — argumentirt Jäger Anm. 23 — wenn der Erblasser eine Forderung gegen den Erben gehabt habe, dies Aktivum der Konkursmasse unwiederbringlich verloren sein. Daß dies aber nicht geschieht, dafür sorgt § 15 K.O. An einer zur K.Masse gehörigen Forderung kann mit Wirkung gegen die K.Gläubiger kein Recht, also auch nicht das Gläubigerrecht kraft Erbfolge erworben werden. Die völlige Sonderung der K.Masse von dem anderen Vermögen des Erben, die Widmung für die Zwecke der K.Gläubiger verhindern die Vereinigung von Verbindlichkeit und Forderung. Hatte aber der Erbe eine Forderung gegen den Erblasser, die Konkursforderung war, so hängt es von dem Umfange des außerkonkursmäßigen Nachlasses ab, ob seine Forderung durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit untergegangen ist. Reicht dieser Nachlaß für die volle Befriedigung aller Nachlaßverbindlichkeiten, auch der Konkursforderungen des schwebenden Konkurses, soweit sie dort nicht getilgt werden, aus, so liegt kein Anlaß vor, die Vereinigung nicht eintreten zu lassen. Muß der Nachlaß — auch nur in Folge der Forderung des Erben — als überschuldet angesehen werden, so ist die Eröffnung eines neuen Konkurses, des wahren Nachlaßkonkurses, zulässig, womit dann sofort die Wirkung des § 1976 eintritt und die Forderung ungehindert im ersten Konkurse weiter geltend gemacht werden kann. Ist der konkursfreie Nachlaß so gering, daß die Eröffnung eines Konkurses wegen Mangels einer Masse nicht thunlich ist, so kommt § 1976 nach § 1991 Abs. 2 zur Anwendung. Alles das gilt ebenso, wenn in der K.Masse und dem Vermögen des Erben Recht und Belastung sich gegenüberstehen.

19) Bei einer Prüfung **der konkursrechtlichen Vorschriften** ergiebt sich für den Konkurs, während dessen Dauer der G.Schuldner gestorben ist, Folgendes: Die Stellung des Erben im Konkurse ist dieselbe, ob der Konkurs Nachlaßkonkurs ist oder nicht, weil der Erbe auch hier als Schuldner der K.Forderungen und Eigenthümer der K.Masse und gleichzeitig als ein nur mit einem Sondervermögen im Konkurse stehender G.Schuldner der entsprechenden Anwendung der konkursrechtlichen Vorschriften unterworfen ist. Die Vorschriften der §§ 214 bis 221 sind überholt; § 222, § 224 Nr. 1, 3—6 und ebenso § 229 haben Fälle zum Gegenstand, die eine Zwischenzeit zwischen Erbfall und K.Eröffnung voraussetzen (Jäger Anm. 24 zu § 214); §§ 226—228, § 230 Abs. 2 können keine Anwendung finden, weil der Kreis der K.Gläubiger mit der K.Eröffnung geschlossen ist (Jäger Anm. 24). Daß der Erbe noch nach der K.Eröffnung Aufwendungen für die K.Masse macht, kann vorkommen, wenn der Tod des Erblassers (etwa durch Selbstmord) eintritt, ehe der Verwalter von der Masse Besitz ergriffen hat. Er nimmt damit keine Verwaltungshandlungen im Sinne der §§ 1978, 1979 B.G.B. vor, weil ihm nach der K.Eröffnung gemäß § 6 die Verwaltung des Nachlasses nicht mehr zusteht. Der § 223 findet danach ebenfalls keine Anwendung; trotzdem wird für diese Verwendung das Zurückbehaltungsrecht durch § 15 ausgeschlossen; dem Erben steht nur eine Masseforderung nach § 59 Nr. 3 zu.

§ 224 Ziff. 2 regelt den auch beim Tode des G.Schuldners praktischen Fall, wie die Beerdigungskosten zu zahlen sind, und reiht sie unter die Masseschulden ein. Es soll eine besondere Unbilligkeit darstellen (Jäger Anm. 6 zu § 224), wenn diese nur für den Nachlaßkonkurs gegebene Bestimmung bei dem Tode des G.Schuldners keine Anwendung finden soll. Indeß würde eine solche Unbilligkeit nicht dazu nöthigen, den K.Gläubigern die mit dem Nachlaßkonkurse für die Erbenhaftung verbundenen Wirkungen aufzulegen. Auch wird öffentliches Interesse und Volksanschauung für einen in vollständigen Vermögensverfall gerathenen G.Schuldner nur ein seinen Umständen entsprechendes Begräbniß fordern, dessen Kosten entweder von dem konkursfreien Nachlasse oder als eine letzte dem G.Schuldner zu gewährende Unterstützung ebenfalls aus der Masse beglichen werden können (§§ 132, 58).

Digitized by Google

§ 225 Abs. 1 gilt für den Erben nur dann, wenn sein Recht nicht durch Vereinigung untergegangen ist (Anm. 18), dann aber ebenso, wie außerhalb des Konkurses. Befriedigt der Erbe einen Nachlaßgläubiger, der zugleich K.Gläubiger ist (Abs. 2), so kann er seinen Anspruch aus dieser Befriedigung nur dem konkursfreien Nachlasse gegenüber geltend machen; fährt er dabei schlecht, so unterliegt er damit den Folgen seiner Unvorsichtigkeit. Es fragt sich höchstens, ob in der Befriedigung eine Geschäftsführung für die K.M. gefunden werden kann und der Erbe demgemäß einen Bereicherungsanspruch hat, dessen Umfang gerade durch die Geltendmachung der berichtigten Forderung bestimmt werden würde. Muß er den Gläubiger befriedigen, weil er ihm unbeschränkt haftet, so ist damit seine Stellung nicht ungünstiger, als wenn der Erblasser nach Beendigung seines Konkurses gestorben wäre. Aus demselben Grunde kann Abs. 3 nur auf den wirklichen Nachlaßkonkurs Anwendung finden.

§ 230 Abs. 1 schließlich entspricht dem § 211. Die Vorschrift hat in beiden Fällen zum Grunde, daß mehrere G.Schuldner durch den Zwangsvergleich auch gemeinschaftlich befreit werden sollen, sie muß also sinngemäß auch da angewandt werden, wo außerhalb des Nachlaßkonkurses mehrere Personen G.Schuldner sind.

20) VI. Uebergangsrecht. Nicht nur, wenn der Nachlaßkonkurs bereits vor dem 1. Januar 1900 eröffnet, sondern auch wenn der Tod des Erblassers vor diesem Zeitpunkt eingetreten war, finden die Bestimmungen des alten Rechts Anwendung. Dazu gehört auch der aufgehobene § 43. E.G.B.G.B. Art. 213.

§ 214. (202.)

II. Für das Konkursverfahren über einen Nachlaß ist das Amtsgericht ausschließlich zuständig, bei welchem der Erblasser zur Zeit seines Todes den allgemeinen Gerichtsstand gehabt hat.

E. I. 19. 73. P. 319. 320. 114. 115.

§ 214 enthält eine Abweichung von § 71. Nicht mehr die gewerbliche Niederlassung des Erblassers, über dessen Nachlaß doch der Konkurs eröffnet wird, auch nicht der Ort der gewerblichen Niederlassung oder des allgemeinen Gerichtsstandes des Erben, der als G.Schuldner gilt, soll für die Zuständigkeit maßgebend sein, sondern der Ort des allgemeinen Gerichtsstandes des Erblassers, dessen gewerbliche Niederlassung mit seinem Tode im Verhältniß zum Nachlasse die selbständige Existenz verloren hat. Die Bestimmung des Konkursgerichts entspricht der Bestimmung des Nachlaßgerichts (F.G.B. § 73, der ebenfalls die Bestimmungen der C.P.O. §§ 13—16 in sich aufgenommen hat. Vgl. auch C.P.O. § 27.) Der Gerichtsstand ist ausschließlich, ein anderer kann nicht vereinbart werden (C.P.O. § 40 Abs. 2); bei mehreren Wohnsitzen des Erblassers, also einer Mehrheit von allgemeinen Gerichtsständen, entscheidet gemäß § 71 Abs. 2 der frühere Antrag auf K.Eröffnung.

Hat der Erblasser im Inlande keinen allgemeinen Gerichtsstand gehabt, so ist ein Konkurs über sein im Inlande befindliches Vermögen nur unter den Voraussetzungen des § 238 Abs. 1 und 2 möglich. Liegen sie nicht vor, so kann sich der Erbe gegen eine unbeschränkte Haftung den Nachlaßgläubigern gegenüber nur dadurch schützen, daß er die Nachlaßverwaltung beantragt. Der Nachlaßverwalter entbehrt dann ebenfalls der Möglichkeit, den Konkurs zu beantragen, und muß den andringenden Gläubigern überlassen, sich im Wege der Zwangsvollstreckung nach der Reihenfolge des Zugriffs zu befriedigen. Die Pflicht zur Anmeldung des Konkurses trifft weder den Erben noch den Verwalter.

§ 215. (203.)

Die Eröffnung des Verfahrens setzt die Ueberschuldung des Nachlasses voraus.

E. I. 100. P. 322. 323. 114 No. 2. 357.

1. Ueberschuldung und Zahlungseinstellung.
2. Aktivmasse.
3. Passivmasse.

Digitized by Google

1) Im Falle der **Ueberschuldung** des Nachlassers und nur in diesem Falle ist der Konkurs zu eröffnen. Einen ausreichenden Nachlaß mögen die Gläubiger mit den gewöhnlichen Prozeßmitteln angreifen. Die **Zahlungsunfähigkeit**, das heißt in diesem Falle die Unfähigkeit, die Gläubiger aus bereiten Mitteln zu befriedigen, kommt nicht in Betracht, weil nach dem Tode des Schuldners sein ganzes Vermögen ohne Rücksicht auf eine weitere Entwicklung auch ohne Konkurs den Zwecken der Befriedigung seiner Gläubiger geweiht sein muß. Dem Schuldner fehlt die Möglichkeit, seine Schulden durch neuen Erwerb zu tilgen. Der Erbe, soweit er nicht unbeschränkt haftet, hat deshalb die Verpflichtung, den Nachlaß zur Befriedigung der Gläubiger zu verwenden. Erscheint ihm diese Aufgabe zu schwierig, oder bietet er den Gläubigern keine genügende Gewähr für die Erfüllung seiner Pflichten, so ist das Mittel der Nachlaßverwaltung gegeben (B.G.B. § 1981). Die Zahlungsunfähigkeit hat deshalb für den Nachlaßkonkurs nur die Bedeutung, die ihr in der K.O., abgesehen von der K.Eröffnung, zugewiesen ist. Dies ist bei der Anfechtung, (§ 30), bei der Absonderung (§ 50) und bei der Aufrechnung (§§ 55, 56) der Fall. Dabei kommt für die Rechtshandlungen des Erblassers dessen Zahlungseinstellung, für die des Erben aber eine etwaige Zahlungseinstellung des Erben in Betracht. Die Anfechtungsvorschriften des § 30 bleiben dabei in ihrem Wortlaute anwendbar; namentlich tritt auch nicht etwa eine Kenntniß von der Ueberschuldung an die Stelle der Kenntniß von der Zahlungseinstellung. Eine Abweichung von dem § 30 ist durch § 215 nicht ausgedrückt. **RG. 25**, 38; 31. Jan. 1885, J.W. 92; Raff.K. **29**, 432. Indeß hat die Kenntniß der Ueberschuldung auf Seiten des Anfechtungsgegners ein um so größeres thatsächliches Gewicht für die Feststellung der Benachtheiligungsabsicht (§ 30 Nr. 2, § 31), als die durch das Nachlaßinventar unmittelbar oder mittelbar leicht nachweisbare Unzulänglichkeit die unvermeidliche Ursache ist, weshalb alle anderen Gläubiger benachtheiligt werden müssen, wenn dem Nachlasse zu Gunsten eines Einzelnen etwas entzogen wird.

2) Der Umfang **der Aktivmasse** muß für die Frage der Ueberschuldung im Augenblicke der K.Eröffnung festgestellt werden. Es ist also unerheblich, daß zur Zeit des Todesfalles der Nachlaß zulänglich war, wenn später die Summe der Nachlaßforderungen größer ist als der Werth des vorhandenen Vermögens. Doch ist die Feststellung des Bestandes des gesammten bei dem Todesfalle vorhanden gewesenen Nachlasses für die Feststellung der gegen den Erben gemäß B.G.B. § 1978 zu richtenden Ersatzforderungen wichtig. Diese gehören zum Nachlasse, sind also dem Bestande der Masse hinzuzurechnen, so daß keine Ueberschuldung vorliegt, wenn mit ihrer Inanspruchnahme alle Gläubiger Befriedigung finden (vgl. Vorb. 10 f. z. § 214). Ist Leistung vom Erben nicht zu erwarten, so sind die Forderungen gegen ihn wie andere ungewisse Forderungen abzusetzen. Haftet der Erbe unbeschränkt, so sind die Ersatzforderungen des § 1978 gegen ihn nach B.G.B. § 2013 nicht gegeben. Betagte Forderungen oder Forderungen auf wiederkehrende Leistungen sind umzurechnen oder zu kapitalisiren wie im Regelkonkurse. Es ist jedoch denkbar, daß sowohl auf der Aktiv- wie auf der Passivseite solche Forderungen vorhanden sind, die sich derart gegenüberstehen, daß bei nicht sofort fälliger Forderung des Gläubigers eine spätere Befriedigung aus noch nicht bereiten Mitteln des Nachlasses erfolgen kann. Es ist denkbar, daß in solchem Falle deshalb, weil eine Umrechnung nicht nöthig ist, auch eine Ueberschuldung nicht vorliegt, für den sicherungsbedürftigen Gläubiger also Nachlaßverwaltung, nicht Nachlaßkonkurs gegeben ist. Doch können Zwangsvollstreckungen, die gerade einen Anspruch auf wiederkehrende Leistungen für eine sofort fällige Forderung angreifen, die Sachlage in jedem Augenblicke ändern.

3) Die **Passivmasse** setzt sich aus allen Nachlaßforderungen zusammen, den Schulden des Erblassers, wie den Verbindlichkeiten, die den Erben als solchen treffen, also namentlich denen aus Pflichttheilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen, B.G.B. § 1967; vgl. § 226. Sowie der Antrag auf K.Eröffnung von einem unbedingt dazu Berechtigten (vgl. § 219) gestellt wird, kommen für die Frage nach der Ueberschuldung alle diese Forderungen in Betracht. Die Bestimmung des B.G.B. § 1980, daß bei der Bemessung der Zulänglichkeit des Nachlasses die Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen und Auflagen außer Betracht bleiben,

Digitized by Google

ist nur für die Pflicht des Erben, den Konkurs anzumelden, von Bedeutung. Auch daß die genannten Gläubiger und ebenso die im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen und die ihnen gleichstehenden Nachlaßgläubiger nur bedingt das Recht auf Beantragung der K.Eröffnung haben, rechtfertigt nicht, sie bei der Feststellung einer Ueberschuldung außer Acht zu lassen, selbst wenn die den Antrag stellenden voll berechtigten Gläubiger voll befriedigt werden können.

§ 216. (204.)

Die Eröffnung des Verfahrens wird nicht dadurch gehindert, daß der Erbe die Erbschaft noch nicht angenommen hat, oder daß er für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet.

Bei dem Vorhandensein mehrerer Erben ist die Eröffnung des Verfahrens auch nach der Theilung des Nachlasses zulässig.

E. I. 101. P. 324. K.O.N.

1. Eintritt des Erbfalles als Voraussetzung des Nachlaßkonkurses.
2. Konkurs vor Annahme der Erbschaft.
3. Konkurs bei unbeschränkter Haftung des Erben.
4. Konkurs nach Theilung des Nachlasses.
5. Theilhaftung von Miterben.

1) Daß **der Erbfall eingetreten** ist, muß in jedem Falle dargethan werden. Sollte sich nach der Eröffnung des Nachlaßkonkurses herausstellen, daß der Erbfall zur Zeit der Eröffnung überhaupt noch nicht eingetreten war, so ist das Verfahren aufzuheben. Lebt der vermeintliche Erblasser noch, so ist ein Nachlaß, über den das Verfahren fortgeführt werden könnte, überhaupt nicht vorhanden. Ist er inzwischen verstorben, so fehlt es wenigstens an einem zur Zeit der Eröffnung vorhandenen Nachlaß, über den allein das Verfahren eröffnet worden ist.

2) **Der Nachlaßkonkurs ist schon vor Annahme der Erbschaft zulässig.** Vor der Annahme der Erbschaft kann ein Anspruch, der sich gegen den Nachlaß richtet, nicht gegen den Erben gerichtlich geltend gemacht werden (B.G.B. § 1958). Damit soll jedoch nur der Erbe dagegen geschützt werden, zur Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft oder zu Verfügungen gedrängt zu werden, die als Annahme gelten können.

Ebenso, wie die Verfolgung eines einzelnen gegen den Nachlaß gerichteten Anspruchs, so lange es an einem Erben fehlt, dessen Erbschaftsannahme feststeht, durch Bestellung eines Nachlaßpflegers ermöglicht wird (B.G.B. § 1961), ist unter den Voraussetzungen des Konkurses für die Befriedigung aller Nachlaßgläubiger die Eröffnung des K.Verfahrens während des Mangels eines Erben, der die Erbschaft angenommen hat, zugelassen. Zwischen § 216, der nur den Fall erwähnt, daß der Erbe noch nicht angenommen hat, und dem in B.G.B. § 1961 angezogenen § 1960 Abs. 1, der auch die Fälle erwähnt, daß der Erbe unbekannt oder die Annahme ungewiß ist, besteht kein sachlicher Unterschied. Die Aenderung der alten Fassung (daß der Erbe noch eine Ueberlegungsfrist hat) ist im Wesentlichen nur redaktionell anschließend an B.G.B. § 1943. Die Eröffnung des K.Verfahrens steht der späteren Annahme der Erbschaft nicht entgegen und die Annahme tritt auch während des K. gemäß B.G.B. § 1943 mit dem Ablauf der Ausschlagungsfrist von selbst ein. Bis zur Entscheidung über die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft kann der als Erbe Berufene auch im Konkurse die Rechte des Erben wahrnehmen, B.G.B. § 1959.

3) **Der Nachlaßkonkurs ist auch bei unbeschränkter Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten zulässig.** Die einschlagenden Worte des Gesetzes beruhen auf der K.O.N. Nach der a. F. der K.O. wurde der Nachlaßkonkurs nur dann für zulässig erachtet, wenn ein Erbe überhaupt nicht bekannt war oder der bekannte Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten nur beschränkt haftete, weil nur in diesen Fällen der Nachlaß als ein selbständiges Vermögen bestehe und die Ueberschuldung überhaupt von Bedeutung sein könne. Er mußte aber auch schon dann zugelassen werden, wenn von mehreren Erben auch nur einer nur beschränkt haftete. Diese Rechtslage war nicht haltbar, zumal da die Frage der beschränkten oder unbeschränkten Haftbarkeit des Erben nach den Vorschriften des B.G.B.

Digitized by Google

§§ 1975, 1993 ff. keineswegs so einfach ist, um bei dem Beschluß über die Eröffnung des K.Verfahrens zum Austrage gebracht werden zu können (Begr. z. K.O.N. S. 46). Andererseits ist der Nachlaßkonkurs das eine der Mittel, den Nachlaßgläubigern das früher der landesgesetzlichen Ordnung vorbehaltene Recht auf abgesonderte Befriedigung aus dem Nachlasse (§ 43 a. F.) zu sichern. Das andere diesem Zwecke dienende Mittel ist die bei Zulänglichkeit des Nachlasses auf Antrag eintretende Nachlaßverwaltung, B.G.B. § 1981. Diese Mittel versagen zwar, wenn eine den Kosten entsprechende Masse nicht vorhanden ist (§§ 107, 204 u. B.G.B. §§ 1982, 1988) und wenn seit der Annahme der Erbschaft zwei Jahre verstrichen sind (§ 220 u. B.G.B. § 1981 Abs. 2 S. 2); aber sie sind gleich nothwendig bei beschränkter wie bei unbeschränkter Haftung des Erben.

4) **Der Nachlaßkonkurs ist auch nach Theilung des Nachlasses unter Miterben zulässig,** im Gegensatz zur Nachlaßverwaltung, die durch die Theilung ausgeschlossen wird, B.G.B. § 2062. Zur K.Masse gehören alle Gegenstände des Nachlasses, wie wenn dieser noch in Gemeinschaft der Erben zu gesammter Hand sich befände, mag nur die Gemeinschaft zu gesammter Hand aufgehoben, oder der Nachlaß in Natur geteilt oder ganz oder teilweise einem Miterben gegen Abfindung der übrigen überlassen sein. Der Konkurs über den ganzen Nachlaß bleibt zulässig, so lange in der Hand auch nur eines der Miterben ein zum Nachlaß gehöriger Gegenstand sich befindet oder auch nur gegen einen beschränkt haftenden Miterben ein Anspruch aus der Verwaltung des Nachlasses, B.G.B. § 1978, besteht. Auch ein Miterbe, bei dem sich kein Gegenstand des Nachlasses mehr befindet, ist Gemeinschuldner. Ist die Theilung des Nachlasses dadurch erfolgt, daß dieser ganz oder theilweise von einem Miterben gegen Abfindung der übrigen übernommen ist, so gehören die übernommenen Gegenstände ganz zur K.Masse; denn auch die Naturaltheilung stellt die Sachlage her, daß gewisse Gegenstände nur einem Miterben gehören, und der Umstand, daß die von einem anderen übernommenen ohne Ersatz verbracht oder verbraucht sind, ist dabei ohne Bedeutung. Vielmehr tritt noch die Verantwortlichkeit für die ohne vorherige Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten vorgenommene Naturaltheilung gemäß B.G.B. §§ 2046, 1978 hinzu.

5) **Haften nach der Theilung des Nachlasses die Miterben** nur für den ihrem Erbteil entsprechenden **Theil einer Nachlaßverbindlichkeit,** so darf das, was an Nachlaßgegenständen aus dem Vermögen eines nur in dieser Weise haftenden Miterben zur K.Masse gezogen ist, zur Befriedigung der Gläubiger wegen des auf andere Miterben fallenden Theils einer Nachlaßverbindlichkeit nicht verwandt werden. Eintretendenfalls muß eine Sondervertheilung stattfinden. Was der Miterbe bereits gezahlt hat, gilt dabei als auf seinen Antheil gezahlt. Die Theilhaftung der Miterben tritt zunächst ein, wenn der Gläubiger im Aufgebotsverfahren ausgeschlossen ist, B.G.B. § 2060 Z. 1. Als Ausschlußurtheil genügt hierbei das Urtheil, durch das gerade diese Folge gegen den Gläubiger ausgesprochen worden ist; das Ausschlußurtheil kann gerade auf diesen Rechtsnachtheil beschränkt werden und ist gerade in dieser Beschränkung auch dem Erben zugänglich, der für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet; C.P.O. § 997. Die gleiche Wirkung wie nach dem Ausschlußurtheil tritt gegenüber denjenigen Gläubigern ein, die nach der Vorschrift des B.G.B. § 1974 Abs. 1 den ausgeschlossenen Gläubigern gleichstehen, wobei aber für jeden einzelnen Miterben nur dessen eigene Kenntniß der Verbindlichkeit von Bedeutung bleibt, B.G.B. § 2060 Z. 2. Die Theilhaftung der Miterben tritt ferner ein, wenn ein Miterbe gemäß B.G.B. § 2061 die Nachlaßgläubiger aufgefordert hat, ihre Forderungen bei ihm oder dem Nachlaßgericht anzumelden, und die Forderung weder bis zum Ablauf der sechsmonatigen Frist angemeldet worden, noch dem Miterben, der sich darauf beruft, zur Zeit der Theilung bekannt gewesen ist, B.G.B. § 2061. Der im B.G.B. § 2060 Z. 3 bestimmte Fall der Theilhaftung (Durchführung des eröffneten Nachlaßkonkurses durch Vertheilung der Masse oder Zwangsvergleich) kommt für das K.Verfahren nicht in Betracht, da er nur die Zeit nach dem Konkurse betrifft. Daß die Theilung erst nach Erlaß des Ausschlußurtheils oder nach Ablauf der bestimmten Fristen oder im Falle des B.G.B. § 2061 auch nur nach der Aufforderung zur Anmeldung erfolgt sein müsse, ist nicht vor-

Digitized by Google

geschrieben und deshalb nicht erforderlich. Ebensowenig steht es der Herstellung der Theilhaftung eines Miterben entgegen, daß er im Falle des B.G.B. § 2061 nach der Theilung aber vor dem Ablaufe der Anmeldungsfrist ohne Anmeldung von der Nachlaßverbindlichkeit Kenntnis erlangt hat. Als Theilung des Nachlasses kommt nicht ein obligatorischer Vertrag über die Theilung, sondern nur die Uebertragung der gelegten Theile an die einzelnen Miterben in Betracht; dazu genügt indeß, daß die Gemeinschaft der Miterben zur gesammten Hand in eine Gemeinschaft an den einzelnen Nachlaßgegenständen nach Antheilen umgewandelt ist. Ist die Gesammthaftung der Miterben in die Theilhaftung umgewandelt, so wird dieser Erfolg dadurch, daß nachher das K.Verfahren über den ganzen Nachlaß (§ 235) eröffnet wird, nicht wieder aufgehoben. A. M. Jaeger.

§ 217. (205.)

Zu dem Antrag auf Eröffnung des Verfahrens ist jeder Erbe, der Nachlaßverwalter, sowie ein anderer Nachlaßpfleger, ein Testamentsvollstrecker, dem die Verwaltung des Nachlasses zusteht, und jeder Nachlaßgläubiger berechtigt.

Wird der Antrag nicht von allen Erben gestellt, so ist er zuzulassen, wenn die Ueberschuldung glaubhaft gemacht wird. Das Gericht hat die übrigen Erben, soweit thunlich, zu hören.

Steht die Verwaltung des Nachlasses einem Testamentsvollstrecker zu, so ist, wenn der Erbe die Eröffnung des Verfahrens beantragt, der Testamentsvollstrecker, wenn der Testamentsvollstrecker den Antrag stellt, der Erbe zu hören.

E. 1. 99. 102 ff. P. 321. 326. 335 Abs. 2. 338. K.O.N.

1. Antragsberechtigte.
2. a) Der Erbe.
3. b) Nachlaßpfleger und Nachlaßverwalter.
4. c) Testamentsvollstrecker.
5. d) Gesetzliche Vertreter des Erben.
6. e) Nachlaßgläubiger.
7. Verpflichtungen der Antragsteller.
8. Beschwerderecht.
9. Antragspflicht.

1) Die §§ 217—220 enthalten die Bestimmungen über die Antragsberechtigung beim Nachlaßkonkurse; § 217 die allgemeinen Grundsätze, § 218 die Erweiterung auf den Ehemann der Erbin, §§ 219 und 220 Einschränkungen. **Die Antragsberechtigten** sind:

1. Die Erben oder an ihrer Statt:
   a) der Nachlaßverwalter,
   b) ein Nachlaßpfleger,
   c) ein Testamentsvollstrecker,
   d) der Ehemann der Erbin (§ 218);
2. die Nachlaßgläubiger.

2) a. **Jeder Erbe (auch der Fiskus) ist antragsberechtigt,** gleichgültig, ob er beschränkt oder unbeschränkt für die Nachlaßverbindlichkeiten haftet. Er kann damit auch seinerseits den Nachlaßgläubigern die Befriedigung aus dem Nachlasse sichern. Auch wenn er bei unbeschränkter Haftung nicht im Interesse der Nachlaßgläubiger die Eröffnung des Nachlaßkonkurses herbeiführen will, wäre es doch unthunlich, die Prüfung über den Umfang seiner Haftung in die Hände des Konkursrichters zu legen. Der Erbe hat vielmehr das Recht, diese Frage jedem Gläubiger gegenüber auszufechten. Ist er Vorerbe, so endet sein Antragsrecht mit dem Eintritt der Nacherbfolge. Im Übrigen ist sein Antragsrecht zeitlich nicht beschränkt (vgl. § 219).

3) b. **Der Nachlaßpfleger** hat die Verwaltung der Erbschaft für den noch ungewissen Erben zu führen. Er wird nur bestellt, wenn der Erbe noch nicht angenommen hat oder wenn er unbekannt ist (B.G.B. §§ 1960, 1961). Der Antrag auf Eröffnung des Konkurses kann ein nothwendiger Akt der Verwaltung sein. **Der Nachlaßverwalter** ist den Gläubigern für die ordnungsmäßige Verwaltung, das heißt in ihrem Interesse besonders

Digitized by Google

für ihre Befriedigung verantwortlich, B.G.B. § 1985 Abs. 2. Er muß nach Kenntnis der Ueberschuldung die Eröffnung des Konkurses beantragen, a. a. O. Satz 2, die Verleihung der Antragsbefugniß ergab sich aus diesen Vorschriften mit Nothwendigkeit. Sein Recht ist selbständig, nicht von dem Erben abgeleitet, der ebenfalls das selbständige Antragsrecht behält. — Mehrere Nachlaßpfleger und mehrere Nachlaßverwalter haben gemeinschaftlich zu verwalten, sie sind deshalb auch nur gemeinschaftlich zum Antrage auf K.Eröffnung berechtigt, Abs. 2 findet keine analoge Anwendung auf sie. Können sie sich nicht einigen, so hat — da auch die Nachlaßverwaltung als eine Pflegschaft anzusehen ist — gemäß B.G.B. §§ 1962, 1915, 1797 das Nachlaßgericht zu entscheiden. Die im B.G.B. § 1985 bestimmte Verpflichtung, die K.Eröffnung zu beantragen, zwingt den einzelnen Nachlaßpfleger im Falle der Meinungsverschiedenheit die Entscheidung des Nachlaßgerichts anzurufen. Ist neben einem Erben für einen Miterben ein Nachlaßpfleger bestellt (vgl. Anm. 2 zu § 230), so hat jeder die Befugnisse des Miterben.

4) **Auch der Testamentsvollstrecker** ist selbständig neben dem Erben zur Stellung des Antrags befugt, wenn ihm die Verwaltung des Nachlasses zusteht, B.G.B. §§ 2205. In diesem Falle kann die Befriedigung der Gläubiger aus dem Nachlasse nur durch den Testamentsvollstrecker erfolgen, weil zur Zwangsvollstreckung in den Nachlaß ein Urtheil gegen ihn erforderlich und ausreichend ist (C.P.O. § 748 Abs. 1). Hat er dagegen nur einzelne Nachlaßgegenstände in Verwaltung, so kann sich der Anspruch auf Befriedigung gegen den Erben allein richten und nur, wenn sie aus den der Verwaltung des T.V. unterliegenden Vermögensstücken folgen soll, ist eine Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung gegen den T.V. nöthig (C.P.O. § 748 Abs. 2). In diesem Falle ist sein Verfügungsrecht also auf diese Gegenstände beschränkt, er hat nicht die Befugniß, einen Verwaltungsakt vorzunehmen, der, wie der Antrag auf K.Eröffnung, den ganzen Nachlaß ergreift. Dagegen wird seine Befugniß nicht berührt, wenn er gemäß B.G.B. § 2217 einzelne Gegenstände den Erben überläßt, weil er damit die Verwaltung des gesammten Nachlasses noch nicht aufgiebt.

Andererseits bedarf der Erbe des Rechts, die K.Eröffnung zu beantragen, weil nicht nur auch er gemäß B.G.B. § 2213 wegen der Nachlaßverbindlichkeiten in Anspruch genommen, sondern auch das gegen den Testamentsvollstrecker ergangene Urtheil gegen ihn vollstreckt werden kann (C.P.O. § 327). Er kann im ersten Falle die Beschränkung seiner Haftung auf den Nachlaß nur geltend machen, wenn er sie in dem gegen ihn ergehenden Urtheile sich vorbehalten hat (C.P.O. § 780 Abs. 1), und muß in beiden Fällen zur Begründung der dann gemäß C.P.O § 781 gegen die Zwangsvollstreckung zu erhebenden Einwendungen auch die Möglichkeit haben, den Nachlaßkonkurs herbeizuführen (vgl. B.G.B. § 1975).

Mehrere Testamentsvollstrecker führen das Amt gemeinschaftlich, haben deshalb auch gemeinschaftlich die K.Eröffnung zu beantragen. Bei Meinungsverschiedenheiten entscheidet das Nachlaßgericht, B.G.B § 2224. — Aus der Stellung von Erben und Testamentsvollstrecker zu einander ergiebt sich, daß es zweckmäßig ist, vor der Zulassung des Eröffnungsantrags, der nur durch einen von ihnen gestellt ist, den andern zu hören. — Wird der Konkurs eröffnet, so wird in vielen Fällen das Amt des Testamentsvollstreckers überflüssig werden und er wird es entweder kündigen (B G.B. § 2226) oder er kann auf Antrag eines Betheiligten (Gläubigers, Erben) entlassen werden (B.G.B. § 2227). Doch ist, auch wenn kein Ueberschuß aus dem Konkurse zu erwarten ist, ein Interesse des Vollstreckers an der Beibehaltung seines Amtes denkbar, zum Beispiel wenn er auch zu dem Zwecke ernannt ist, für die Ausführung der einem Vermächtnißnehmer auferlegten Beschwerungen zu sorgen, und dieser Vermächtnißnehmer im Konkurse ganz oder teilweise zur Hebung kommt (vgl. Strohal § 80, VII).

5) d. **Gesetzliche Vertreter des Erben** sind ebenso antragsberechtigt wie Vormünder, Pfleger ꝛc. eines anderen G.Schuldners. Dabei kommt besonders der K.Verwalter im Erbenkonkurs in Betracht. Er hat eine Antragspflicht, weil er nicht nur dem K Gläubiger sondern auch dem G.Schuldner gegenüber zur ordnungsmäßigen Verwaltung der K.Masse

Digitized by Google

verpflichtet ist, § 82, und mit der Pflicht des Erben, die Eröffnung des Verfahrens zu beantragen, Anm. 9, auch dessen Recht auf ihn zur Ausübung übergegangen ist. Ihm ist aber eine besondere Berechtigung zur Stellung des Antrags nicht verliehen und er kann deshalb nur die Befugniß des Erben ausüben.

6) e. Antragsberechtigt ist schließlich **jeder Nachlaßgläubiger**, doch sind in den §§ 219, 220 Einschränkungen gemacht. Wer Nachlaßgläubiger ist, ist schon Anm. 3 zu § 215 erwähnt und wird in § 226 näher erörtert werden. Da die Forderung des Erben gegen den Nachlaß bei der Ueberschuldung des Nachlasses mit in Anrechnung zu bringen ist, kommt trotz der mit dem Erbfall eintretenden Konfusion und Konsolidation für die Antragsberechtigung auch der Erbe als Gläubiger in Betracht. Dies kann dann von Wichtigkeit sein, wenn ein Streit über das Erbrecht besteht und der Erbe sich als solcher noch nicht ausweisen kann. — Ein Pflichttheilsberechtigter hat eine Forderung an den Nachlaß nur, wenn nach der Befriedigung der eigentlichen Nachlaßgläubiger, das heißt derjenigen Gläubiger, die schon an den Erblasser eine Forderung hatten, etwas übrig bleibt. Nun wird zwar zur Glaubhaftmachung seiner Forderung, die für jeden Nachlaßgläubiger erforderlich ist (Anm. 7 c) genügen, daß er sein Pflichtheilsrecht glaubhaft macht, die nach Zulassung seines Antrags vom K.Gericht anzustellenden Ermittelungen aber werden sich auch darauf zu erstrecken haben, ob die oben gekennzeichneten Umstände vorliegen und ein von eigentlichen Nachlaßschulden freier nur durch Pflichttheilsrechte, Vermächtnisse und Auflagen überschuldeter Nachlaß vorhanden ist, von dem ein Pflichtheil berechnet werden kann. Ist dies nicht der Fall, so liegt kein Pflichtteilsanspruch, keine Gläubigerschaft, also auch kein Antragsrecht vor. Ebenso Petersen-Kleinfeller Anm. 4; a. M. Jäger Anm. 21.

7) **Die Verpflichtungen des Antragstellers** ergeben sich aus den allgemeinen Vorschriften der §§ 103—105 und den Bestimmungen der §§ 217—220. Danach haben:

a) **die Erben** als G Schuldner (Vorbem. 1 zu § 214) wie ein anderer G.Schuldner ein Verzeichniß der Gläubiger und Schuldner einzureichen. Einer Glaubhaftmachung der Ueberschuldung bedarf es nicht; geht aber aus den Beilagen des Antrags hervor, daß keine Ueberschuldung vorliegt, so kann der Konkurs nicht eröffnet werden (§ 215). Eine Glaubhaftmachung des K.Grundes ist aber (analog den Fällen des § 210) erforderlich, wenn der Antrag nicht von allen künftigen G.Schuldnern, also nicht von allen Erben gestellt wird. Ueber die Glaubhaftmachung und das darüber angeordnete „Hören" der anderen Erben vgl. § 105 Anm. 2, 3. Nach der Glaubhaftmachuug ist der Antrag zuzulassen und nunmehr die Anordnung der erforderlichen Ermittelungen zu treffen, die zur Ueberzeugung des Gerichts von der Gewißheit der Ueberschuldung führen sollen (§ 105 Abs. 2). Dagegen hat der Erbe seine Legitimation als solcher zu führen und zum Mindesten vor Zulassung des Antrags glaubhaft zu machen. Ebenso Petersen-Kleinfeller Anm. 1. — Steht neben dem oder den Erben ein Testamentsvollstrecker (s. Anm. 4), der den Antrag nicht auch gleichzeitig gestellt hat, so bedarf es zwar keiner Glaubhaftmachung der oder des Erben, aber der Vollstrecker muß vor Zulassung des Antrags gehört werden.

b) **Die an Stelle des Erben berechtigten Personen**, der Nachlaßverwalter, der Nachlaßpfleger und der Testamentsvollstrecker, haben ein aus ihrer Funktion entspringendes selbständiges Recht. Sie verwalten den Nachlaß an Stelle des Erben, das heißt sämmtlicher Erben; ein Antrag von ihnen ist daher so anzusehen, als wenn er von allen Erben ausginge. Ihr Antrag muß deshalb zugelassen werden (nur darum handelt es sich), ohne daß die Ueberschuldung glaubhaft gemacht wäre. Vor der Eröffnung des Verfahrens muß auch hier das Gericht die Ueberzeugung von der Ueberschuldung erlangt haben; vgl. § 104 Anm. 2. Jäger Anm. 31 und Meyer III 2 verlangen Glaubhaftmachung vor der Zulassung, wenn nicht alle Erben oder der Nachlaßpfleger den Antrag stellen, mit Berufung auf § 217 Abs. 2, der jedoch nach seinem zweiten Satze nur auf den Fall Bezug haben kann, daß von mehreren Erben nur einer oder einzelne als Antragsteller auftreten.

Ueber die Befugnisse des Ehemanns der Erbin vgl. § 218.

c) **Für die Nachlaßgläubiger** findet ebenfalls § 105 entsprechende Anwendung. Der Antrag eines Gläubigers wird nur zugelassen, wenn der Gläubiger seine Forderung und

Digitized by Google

die Ueberschuldung des Nachlasses glaubhaft gemacht hat. Sodann ist der Erbe als G. Schuldner zu hören und in das Ermittelungsverfahren einzutreten. Gemäß § 106 sind schon vorher Sicherheitsanordnungen zulässig.

8) d. Das Recht der sofortigen **Beschwerde gegen den Eröffnungsbeschluß** haben nach dem oben Gesagten die Erben und der Nachlaßpfleger unbedenklich; dem Nachlaßverwalter und dem Testamentsvollstrecker wird es deswegen gegeben werden müssen, weil ihnen mit der K.Eröffnung die Verwaltung des Nachlasses entzogen, dem Testamentsvollstrecker die Ausführung von Anordnungen des Erblassers unmöglich gemacht wird. Die Beschwerde gegen Ablehnung der K.Eröffnung steht allen Antragsberechtigten zu.

9) Die dem Antragsrecht gegenüberstehende **Antragspflicht** ergiebt sich für den Erben aus B.G.B. § 1980, für den Nachlaßverwalter aus B.G.B. § 1985 Abs. 2, für den Konkursverwalter im Erbenkonkurse aus seiner Haftung gegenüber dem Erben für gehörige Verwaltung der K.Masse § 82. Sie wird auch für den Nachlaßpfleger und den Testamentsvollstrecker aufgestellt, Jäger Anm. 26, Sarwey-Bossert Anm. 2, weil beide Vertreter des Erben seien und seine Verpflichtungen erfüllen müßten; wie sie dem Erben (B.G.B. § 1915 Abs. 1, §§ 1833, 2219) so hafte der Erbe für sie nach B.G.B. § 278 den Gläubigern. Indeß kann dieser Begründung nur für den Nachlaßpfleger zugestimmt werden, der in der That Vertreter des Erben ist. Der Testamentsvollstrecker dagegen hat neben dem Erben den Gläubigern gegenüber eine völlig selbständige Stellung. Die Verurtheilung des Erben genügt nicht zur Vollstreckung in den Nachlaß, wenn ein Testamentsvollstrecker bestellt ist, und dieser kann trotz jener Verurteilung einer gegen ihn gerichteten Klage die schon vom Erben vorgebrachten und neue selbständige Vertheidigungsmittel entgegenhalten. Daraus ergiebt sich, daß ein Gläubiger den Erben, gegen den er obgesiegt hat, nicht dafür verantwortlich machen kann, daß der Testamentsvollstrecker, gegen den er unterlegen ist, ihn bei der Befriedigung der Gläubiger nicht berücksichtigt hat. Es fehlt also die Verantwortung des Erben für den Testamentsvollstrecker, und die Gläubiger können auf diesem Wege Ansprüche wegen nicht rechtzeitiger Konkurseröffnung nicht zum Nachlasse ziehen. Die Gläubiger sind auch zunächst durch die Antragspflicht des Erben geschützt, der von ihr nicht frei wird, weil ein Testamentsvollstrecker da ist; der Erbe muß vielmehr von den ihm durch B.G.B. § 2215 gegebenen Mitteln Gebrauch machen, um sich die erforderliche Kenntniß über die Verhältnisse des Nachlasses zu verschaffen. Fehlt es bei Würdigung dieser Sachlage an einem Verschulden des Erben gemäß § 1980 B.G.B., so giebt es keinen Anspruch gegen ihn. Der Testamentsvollstrecker aber, der, bevor er dem Erben die nöthige Einsicht in die Verhältnisse des Nachlasses gewährt, Verwaltungsakte vornimmt, die nicht zu der vom Gesetz vorgesehenen ordnungsmäßigen Abwickelung der Rechtsverhältnisse des Nachlasses gehören, ist dem Erben wegen mangelhafter Verwaltung verantwortlich. Die aus solcher Verantwortlichkeit entspringenden Ansprüche des Erben gegen den Testamentsvollstrecker (B.G.B. § 2219) gehören zum Nachlasse, weil sie von dem Erben ohne eine Verwaltungshandlung, lediglich als dem Eigenthümer der Nachlaßsachen, als Ersatz für Beschädigung, Zerstörung oder Entziehung eines Nachlaßgegenstandes erworben sind, vgl. Vorbem. 10 zu § 214, und können von den Gläubigern verwerthet werden. Auf diese Weise besteht unter Umständen eine Pflicht auch des Testamentsvollstreckers, den Nachaßkonkurs zu beantragen.

§ 218.

Ist eine Ehefrau die Erbin und gehört der Nachlaß zum eingebrachten Gute oder zum Gesammtgute, so kann sowohl die Ehefrau als der Ehemann die Eröffnung des Verfahrens beantragen, ohne daß die Zustimmung des anderen Theiles erforderlich ist. Das Gleiche gilt, wenn der Nachlaß zum Gesammtgute gehört, auch nach Beendigung der Gemeinschaft.

Wird der Antrag nicht von beiden Ehegatten gestellt, so ist er zuzulassen,

Digitized by Google

wenn die Ueberschuldung glaubhaft gemacht wird. Das Gericht hat den anderen Ehegatten, wenn thunlich, zu hören.

K. O. N.

1. Rechtsstellung der Ehefrau.
2. Antragsrecht des Ehemanns.
3. Wirkung der K.Eröffnung.
4. Begründung des Antrags und Beschwerde.

1) **Ist eine Ehefrau Erbin, so ist sie in jedem Falle der G.Schuldner im Nachlaßkonkurse,** wenn auch der Nachlaß zum Gesammtgut einer Gütergemeinschaft gehört. Dies wird bestätigt durch § 234 Abs. 2. Im Falle der Fahrnißgemeinschaft würde die Annahme, daß der Mann der Gemeinschuldner sei, zu unlösbaren Verwirrungen führen, wenn der Nachlaß nur zum Theil zum Gesammtgut gehört, B.G.B. §§ 1551, 1556. Die **Berechtigung der Ehefrau,** die Eröffnung des Konkurses auch über ein Vermögen zu beantragen, dessen Alleineigenthümerin sie zwar sein kann (B.G.B. § 1363), dessen Verwaltung ihr aber nicht zusteht — wie das bei jedem Güterrechtssystem außer der Gütertrennung der Fall ist, sobald der Nachlaß nicht Vorbehaltsgut der Erbin ist —, entspricht der selbständigen Stellung, die ihr vom Gesetz für die Annahme oder Ablehnung einer Erbschaft eingeräumt ist. Sie kann beide ohne Einwilligung des Ehemanns vornehmen; vgl. B.G.B. § 1406 Nr. 1 für den gesetzlichen Güterstand, § 1453 für die allgemeine Gütergemeinschaft, § 1521 für die Errungenschaftsgemeinschaft und § 1549 für die Fahrnißgemeinschaft. Für die Nachlaßverbindlichkeiten haftet die Ehefrau in Folge der von ihr erklärten Annahme persönlich; sie muß deshalb die Befugniß haben, die Beschränkung der Haftung auch durch den Antrag auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses herbeizuführen. — Dagegen fehlt ihr auch bei allgemeiner oder partieller Gütergemeinschaft das Antragsrecht, wenn der Ehemann Erbe ist, obwohl der Nachlaß in das Gesammtgut fällt und dies ihr und des Ehemanns gemeinschaftliches Vermögen ist. Sie muß sich jede Verfügung des Ehemanns über das Gesammtgut gefallen lassen, auch die Annahme einer Erbschaft und die damit eintretende Haftung des Gesammtgutes für die Nachlaßverbindlichkeiten.

2) **Die Antragsbefugniß des Ehemanns** ist durch § 218 begründet; sie ergiebt sich daraus, daß er für die Nachlaßverbindlichkeiten einer von seiner Ehefrau angenommenen Erbschaft haftet, sobald die Erbschaft nicht Vorbehaltsgut der Ehefrau bleibt. Die Haftung erstreckt sich bei dem gesetzlichen Güterstande, der Errungenschaftsgemeinschaft und der Fahrnißgemeinschaft (B.G.B. §§ 1411, 1412, § 1525 Abs. 2, § 1550 Abs. 2), auf das eingebrachte Gut mit dessen dem Ehemanne (bei der Errungenschaftsgemeinschaft und der Fahrnißgemeinschaft dem Gesammtgute, B.G.B. § 1525 Abs. 1, § 1250 Abs. 2) zukommenden Erträgnissen, sobald der Nachlaß zum eingebrachten Gute gehört. Die Nachlaßgläubiger können ohne Rücksicht auf die Rechte des Ehemanns das eingebrachte Gut angreifen, das heißt, sich einen Titel zur Zwangsvollstreckung gegen den Ehemann verschaffen (C.P.O. § 739), weil die Annahme der Erbschaft ohne Zustimmung des Mannes ihnen gegenüber wirksam ist und das eingebrachte Gut für Verbindlichkeiten haftet, die aus einem solchen Rechtsgeschäfte — das ist die Annahme — entstehen (B.G.B. §§ 1411, 1412). Haben die Ehegatten vor Eintritt des zu erwartenden Erbfalles durch Ehevertrag vereinbart, daß die — sonst zum Eingebrachten zu rechnende — Erbschaft Vorbehaltsgut sein solle, so verliert der Ehemann sein Antragsrecht, auch wenn der Ehevertrag nicht gemäß B.G.B. § 1435 ins Güterrechtsregister eingetragen ist, obwohl er dann den Gläubigern mit dem eingebrachten Gute haftet. Denn der Ehefrau gegenüber steht ihm keinerlei Recht zur Verfügung über den Nachlaß mehr zu. Dasselbe gilt, wenn — selbst mit Eintragung in das Güterrechtsregister — der entsprechende Vertrag nach Anfall der Erbschaft geschlossen wird. A. M. Jäger, Anm. 7. Ebenso erlischt das Antragsrecht des Ehemanns, wenn die Erbschaft zum eingebrachten Gute gehört, mit der Lösung der Ehe.

Bei der allgemeinen Gütergemeinschaft haftet für die Nachlaßverbindlichkeiten einer in Folge Annahme der Ehefrau in das Gesammtgut geflossenen Erbschaft das Gesammtgut (B.G.B. §§ 1459, 1460). Die Nachlaßgläubiger sind Gläubiger der erbenden Ehefrau (B.G.B. § 1967) und damit Gesammtgutsgläubiger. Außerdem aber haftet nach B.G.B.

Digitized by Google

§ 1459 Abs. 2 der Ehemann persönlich für alle Gesammtgutsverbindlichkeiten als Gesammtschuldner, also auch für die Nachlaßverbindlichkeiten. Ebenso ist es bei der Fahrnißgemeinschaft, wenn auch der Aktivnachlaß nur aus unbeweglicher Habe besteht (B.G.B. §§ 1556, 1549). Die Haftung besteht nach der Beendigung der Gütergemeinschaft fort, sowohl wenn eine Auseinandersetzung erfolgt, arg. e contr. aus B.G.B. § 1459 Abs. 2 Satz 2, als wenn die Gütergemeinschaft fortgesetzt wird (B.G.B. §§ 1488, 1489). Infolgedessen ist dem Ehemanne auch für alle diese Fälle, entsprechend seinem Bedürfnisse, die Haftung auf den Nachlaß zu beschränken, das Recht auf den Antrag zur K.Eröffnung gegeben.

3) **Die Wirkung der K.Eröffnung** ist, sofern nicht die Ehefrau schon vorher unbeschränkt haftet, für beide Gatten die einer Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß, mag der Antrag auch nur von einem der Ehegatten gestellt worden sein. Die unbeschränkte Haftung der Ehefrau als Erbin wirkt, wenn sie gemäß B.G.B. §§ 1994, 2005 eintritt, auch gegen den Ehemann, der den Erfolg nur durch die Errichtung eines ordnungsmäßigen Inventars abwenden kann, B.G.B. § 2008. Dagegen kann die nur einem einzelnen Gläubiger gegenüber in Folge Nichtleistung des Offenbarungseides gemäß B.G.B. § 2006 Abs. 3 eintretende unbeschränkte Haftung erst dann auch dem Ehemanne gegenüber eintreten, wenn nach der Verweigerung des Eides durch die Frau auch der Mann vergeblich zur Leistung des Eides aufgefordert worden ist. Vgl. Planck Anm. 4c zu § 2008. Bis dies geschehen, kann sich der Ehemann, gegen den gemäß C.P.O. §§ 739, 740, 743 zur Vornahme einer Zwangsvollstreckung ein besonderes Urtheil erforderlich ist, auf die Beschränkung der Haftung, also auf die Eröffnung des Nachlaßkonkurses berufen, mag dieser auch von der theilweis unbeschränkt haftenden Ehefrau beantragt sein.

4) **Die Begründung des Antrags** ist für Mann und Frau dieselbe. Jeder von ihnen hat, wenn er für sich allein den Antrag stellt, die Ueberschuldung glaubhaft zu machen und muß sich selbst dann bei Zulassung des Antrages die Anhörung des anderen Theils gefallen lassen. Vgl. hierzu Anm. 7a zu § 217. Jeder von ihnen hat **das Recht**, gegen die Ablehnung seines Antrags **Beschwerde** einzulegen. Die Ehefrau hat als Erbin auch das dem Ehemanne nicht zustehende Beschwerderecht gegen die auf Antrag des anderen Theils erfolgte K.Eröffnung. Ebenso verhält es sich, wenn auf Antrag einer anderen nach § 217 berechtigten Person der Konkurs eröffnet worden ist.

§ 219.

Ein Nachlaßgläubiger, der im Aufgebotsverfahren ausgeschlossen ist oder nach § 1974 des Bürgerlichen Gesetzbuchs einem ausgeschlossenen Gläubiger gleichsteht, kann die Eröffnung des Verfahrens nur beantragen, wenn über das Vermögen des Erben das Konkursverfahren eröffnet ist. Das Gleiche gilt von einem Vermächtnißnehmer, sowie von demjenigen, welcher berechtigt ist, die Vollziehung einer Auflage zu fordern.

Ist eine Ehefrau die Erbin und gehört der Nachlaß zum Gesammtgute, so können die im Abs. 1 bezeichneten Gläubiger den Antrag nur stellen, wenn über das Vermögen des Ehemanns das Konkursverfahren eröffnet ist.

K.O.N.

1. Ansprüche ausgeschlossener Gläubiger.
2. Kreis der ausgeschlossenen Gläubiger.
3. Gleichstehende Gläubiger.
4. Vermächtnisse und Auflagen.
5. Nachweis der Antragsberechtigung.
6. Abs. 2.

1) **Nachlaßgläubiger, die im Aufgebotsverfahren ausgeschlossen sind**, und solche, die ihnen gleichstehen, **haben** außerhalb des Konkurses **nur Anspruch auf das**, was zur Zeit, da sie ihre Forderung geltend machen, nach Befriedigung der übrigen Nachlaßgläubiger noch übrig ist. Dies muß ihnen von den Erben nach den Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung zum Zwecke der Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung

Digitized by Google

herausgegeben werden, B.G.B. §§ 1973, 1974, 1989. Sie treten also mit den nichtausgeschlossenen Gläubigern überhaupt nicht in Wettbewerb und mit den anderen ausgeschlossenen nur insofern, als sie dem früher Zugreifenden nachstehen müssen, haben dabei aber gegen den Erben keinen Anspruch auf Berücksichtigung auch ihrer — wenn auch bekannten — Forderung. Damit muß ein Anspruch gegen den Erben auf Eröffnung des Konkurses ausgeschlossen erscheinen und zwar auch dann, wenn alle nicht ausgeschlossenen Gläubiger schon befriedigt sind, und es kommt nur noch das Interesse in Betracht, das sie gegen Erbengläubiger auf Befriedigung aus dem Nachlasse haben. Dies sollen sie geltend machen können, wenn über das Vermögen des Erben der Konkurs eröffnet wird, und deshalb ist ihnen für diesen Fall das Recht gegeben, auf K.Eröffnung anzutragen. Aus diesem Grunde aber ist es bei dem Vorhandensein mehrerer Erben als genügend anzusehen, wenn über das Vermögen eines von ihnen das K.Verfahren eröffnet worden ist. Im Konkurse können die ausgeschlossenen Gläubiger ihre Ansprüche zwar nur nach den übrigen Gläubigern, aber immer noch vor den Pflichttheilsberechtigten, Vermächtnißnehmern und Auflagegläubigern geltend machen und werden sie dann unter sich auch antheilsmäßig befriedigt. Da sie somit K.Gläubiger sind, haben sie nur ihre Forderung, nicht aber den Umstand glaubhaft zu machen, daß sie nach den übrigen Gläubigern auch etwas erhalten werden, und damit ist ihnen die Möglichkeit gegeben, die K.Eröffnung ohne eigenen Vortheil lediglich zum Nachtheil der übrigen Gläubiger herbeizuführen, die genügende Deckung im Nachlasse finden, im Konkurse aber in Folge der Vermehrung der Massekosten vielleicht nicht befriedigt werden.

2) **Ausgeschlossene Nachlaßgläubiger sind solche,** die auf das von dem Amtsgericht des Nachlaßgerichts erlassene Aufgebot (C.P.O. §§ 990 ff.) sich innerhalb der Aufgebotsfrist (C.P.O. § 994) nicht gemeldet haben und über die in Folge dessen durch Ausschlußurtheil (C.P.O. § 952) der ihnen im Aufgebot angekündigte Rechtsnachtheil verhängt wird, daß sie von dem Erben, unbeschadet des Rechtes vor den Verbindlichkeiten aus Pflichttheilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen berücksichtigt zu werden, nur insoweit Befriedigung verlangen können, als sich nach der Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger noch ein Ueberschuß ergiebt. Nicht durch das Aufgebot betroffen werden gemäß B.G.B. § 1971 Absonderungsberechtigte, soweit ihr Recht auf abgesonderte Befriedigung geht, sowie nach B.G.B. § 1972 Pflichttheilsrechte, Vermächtnisse und Auflagen; und endlich solche Gläubiger, denen der Erbe unbeschränkt haftet, B.G.B. § 2013 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2. Doch sind Absonderungsberechtigte, soweit das Absonderungsrecht geht, keine Konkursgläubiger (§§ 3, 4), also nicht zum Antrage auf K.Eröffnung berechtigt; Vermächtnisse und Auflagen aber unterliegen derselben Beschränkung wie ausgeschlossene Forderungen, Abs. 1 Satz 2, so daß für die Berechtigung zur K.Eröffnung von Gläubigern, die vom Aufgebotsverfahren nicht betroffen werden, nur die Gläubiger, denen der Erbe unbeschränkt haftet, und die Pflichttheilsberechtigten in Betracht kommen. Ueber das Recht der letzten zur Beantragung des Konkurses vgl. Anm. 6 § 217.

3) **Gläubiger, die den ausgeschlossenen Gläubigern gleichstehen,** sind solche, die erst später als 5 Jahre nach dem Erbfalle dem Erben gegenüber ihre bis dahin unbekannten und auch im noch nicht abgeschlossenen Aufgebotsverfahren nicht angemeldeten Forderungen geltend machen. Bei ihnen wird in der Regel auch die Frist von zwei Jahren nach Annahme der Erbschaft verstrichen und die weiter im § 220 angeordnete Beschränkung eingetreten sein.

4) **Vermächtnisse und Auflagen** können wie das Erbrecht selbst erst zur Geltung kommen, wenn alle Schulden berichtigt sind. Sie haben also an einem Nachlaß, der durch die sonstigen Nachlaßschulden erschöpft wird, kein Interesse. Aus diesem Grunde braucht auch der Erbe bei der Prüfung, ob er wegen Ueberschuldung den Nachlaßkonkurs beantragen müsse, die Vermächtnisse und Auflagen nicht in Betracht zu ziehen, B.G.B. § 1980. Beruht die Ueberschuldung nur auf den Vermächtnissen und Auflagen, so ist der Erbe auch außerhalb des Konkurses berechtigt, die genannten Nachlaßverbindlichkeiten nur so zu berichtigen, wie sie im Falle des Konkurses zur Hebung kommen würden.

Digitized by Google

Es bestand deshalb kein Anlaß, diesen Gläubigern die Befugniß zum Antrage auf K.Eröffnung zu gewähren. Nur um sie vor der Konkurrenz der Erbengläubiger zu sichern, ist ihnen, wie den ausgeschlossenen Gläubigern gestattet, bei Konkurs des Erben den Nachlaßkonkurs zu beantragen. Vgl. hierzu das in Anm. 1 Gesagte.

Berechtigt, die Vollziehung eine Auflage zu fordern, ist nicht der durch eine Auflage Begünstigte, sondern außer Miterben und Testamentsvollstreckern, die ohnehin die Eröffnung des Verfahrens beantragen können, ein Testamentsvollstrecker, dessen beschränkte Befugnis hierauf gerichtet ist, ein Nacherbe oder die zuständige Behörde, B.G.B. § 2194. Von diesen also muß der Antrag auf Eröffnung ausgehen.

5) Während des Erbenkonkurses kann — abgesehen von der Beschränkung des § 220 — jeder Gläubiger den Antrag auf K.Eröffnung stellen. Schwebt kein Erbenkonkurs, so sind Vermächtnißnehmer, und wer die Vollziehung einer Auflage zu fordern berechtigt ist, zum Antrage keinesfalls zuzulassen. Dagegen brauchen die übrigen Gläubiger **einen Nachweis ihrer Antragsberechtigung** oder Zulassung zum Antrage nicht zu führen. Es genügt, daß sie ihre Forderung und die Ueberschuldung als K.Grund glaubhaft machen. Die darauf anzustellenden Ermittelungen kann das Gericht auch auf die Frage der Antragsberechtigung erstrecken. Da in der Regel das Amtsgericht, das Nachlaßgericht ist, sowohl für das Aufgebotsverfahren wie für den Nachlaßkonkurs zuständig ist, so ist die Feststellung, ob ein Aufgebotsverfahren schwebt und ob darin der antragende Gläubiger seine Forderung angemeldet hat, zumeist leicht. Sonst ist es Sache des Erben, der gehört werden muß (§ 105 Abs. 2), die Antragsberechtigung unter Hinweis auf den Ausschluß zu bestreiten.

6) Ist eine in allgemeiner Gütergemeinschaft oder in Fahrnißgemeinschaft lebende **Ehefrau Erbin, so kann der Nachlaß in das Gesammtgut fallen,** vgl. Anm. 2 zu § 218. Er wird dann mit dem Gesammtgute von dem Konkurse der Ehefrau nicht berührt (§ 2 Abs. 2) und wird nur durch den Konkurs des Ehemannes in Mitleidenschaft gezogen, in dessen Masse das Gesammtgut fällt, § 2 Abs. 1. Die in Abs. 1 des § 219 genannten Gläubiger haben deshalb das oben Anm. 1 bezeichnete Schutzbedürfniß nur gegen die Gläubiger im Konkurse des Ehemanns.

§ 220.

Die Eröffnung des Verfahrens kann von einem Nachlaßgläubiger nicht mehr beantragt werden, wenn seit der Annahme der Erbschaft zwei Jahre verstrichen sind.

K.O.N.

1. Antragsbeschränkung. | 2. Fristablauf.

1) **Antragsbeschränkung.** Die Vorschrift ist zum Schutze der Erbengläubiger gegeben. Die Annahme und Besitzergreifung der Erbschaft hat nothwendigerweise eine allmähliche Verschmelzung des Nachlasses mit dem Vermögen des Erben zur Folge. Je länger diese Vereinigung bestanden hat, um so mißlicher ist die Aussonderung. Man hat deshalb unter Bestimmung der Frist auf zwei Jahre die Berechtigung wie zum Antrage auf Einleitung der Nachlaßverwaltung so auch zur Eröffnung des Nachlaßkonkurses zeitlich beschränkt, Prot. 2. Les. B.G.B. Bd. 5 S. 764.

Die Beschränkung trifft aber nur die Gläubiger, nicht den Erben, dem wenn er die Schwierigkeiten der Auseinandersetzung nicht scheut, die Berechtigung zur Beantragung des Nachlaßkonkurses erhalten bleiben muß. Der Antrag kann für ihn zur Erhaltung seiner Haftungsbeschränkung dringend geboten sein, wenn der Nachlaß erst später, in Folge des durch ihn nicht veranlaßten Wegfalls von Nachlaßgegenständen unzureichend wird.

2) **Die Antragsfrist** beginnt mit der Annahme der Erbschaft im Sinne des B.G.B. § 1943. Sie ist eine gesetzliche Frist und nach den Vorschriften des B.G.B. §§ 187, 188 zu berechnen. Sie wird gewahrt durch Einreichung eines Antrags, der zu einer nicht durch die höhere Instanz wieder aufgehobenen K.Eröffnung führt, wenn diese auch in die Zeit

Digitized by Google

nach Ablauf der Frist fällt. Sind mehrere Erben da, so fängt die Frist mit der Annahme durch den letzten an. Fraglich könnte sein, wann die Frist im Falle einer Nacherbschaft zu laufen beginnt, ob etwa mit dem Eintritte der Nacherbfolge, die zwei Jahre von neuem zu berechnen sind. Die Frage ist zu verneinen. Tritt die Nacherbfolge erst später als zwei Jahre nach der Annahme der Erbschaft durch den Vorerben ein, so ist jedenfalls das Antragsrecht des Nachlaßgläubigers erloschen und lebt nicht wieder auf, obwohl in diesem Falle der Grund der Vorschrift, daß eine Trennung zwischen Erbenvermögen und Nachlaß mit der Zeit immer schwieriger werde, bis zu einem gewissen Grade wegfällt, wo die sorgliche Scheidung beider Vermögen durch die Herausgabepflicht des Vorerben ohnehin erforderlich wird. Bestand aber zur Zeit des Nacherbfalls die Antragsmöglichkeit noch, so kann dieser Fall nicht anders behandelt werden, als der vorige. Die Frist läuft also weiter. Ebenso Petersen-Kleinfeller Anm. zu § 220.

§ 221.

Auf Grund einer nach dem Eintritt des Erbfalls gegen den Nachlaß erfolgten Maßregel der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung kann abgesonderte Befriedigung nicht verlangt werden.

Eine nach dem Eintritt des Erbfalls im Wege der einstweiligen Verfügung erlangte Vormerkung ist unwirksam.

K.O.N.

1 Nachlaßgläubiger. | 2. Gläubiger des Erben, die nicht Nachlaßgläubiger sind.

1) Durch die Vorschriften des § 221 werden zunächst die Nachlaßgläubiger betroffen. Die nach § 14 mit der K.Eröffnung eintretende Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung, einschließlich der Arrestvollziehung und der Ausführung einer auf Eintragung einer Vormerkung gerichteten einstweiligen Verfügung, ist im Falle des Nachlaßkonkurses in gewissem Umfange zurückbezogen bis zum Zeitpunkte des eingetretenen Erbfalls. Unter Vormerkung ist auch hier das zu verstehen, was in § 14 Abs. 2 und § 24 näher umschrieben ist. Die Maßregeln sind nicht völlig unwirksam. Eine mit ihrer Hülfe vor der K.Eröffnung erlangte Befriedigung bleibt unberührt (Prot. 2. Les. B.G.B. Bd. 5 S. 765); aber die Nachlaßgläubiger können weder auf Grund einer nach Eintritt des Erbfalls erfolgten Pfändung eine abgesonderte Befriedigung im Konkurse (§ 49 Z. 2) noch die vollständige Befriedigung eines nach Eintritt des Erbfalls durch Vormerkung gesicherten Anspruchs (§ 24) verlangen. Damit wird die in § 30 Z. 2 bestimmte Anfechtung, soweit Zwangsvollstreckungsmaßregeln in Frage kommen, auf eine von den Nachlaßgläubigern erlangte Befriedigung beschränkt, vgl. Anm. 1 zu § 228.

Ist der Konkurs durch Vertheilung der Masse beendigt, so sind alle Folgen der Unwirksamkeit der Maßregeln eingetreten. Wird ein Zwangsvergleich geschlossen, so werden durch diesen auch die durch Pfändung oder Vormerkung gesicherten Ansprüche der Nachlaßgläubiger betroffen, da sie nur als ungesicherte und die durch Vormerkung gesicherten nur als Geldforderungen in Betracht kommen. Damit ist die Unwirksamkeit auch über die Dauer des K. hinaus gegeben. Wird das K.Verfahren wegen Mangels einer den Kosten entsprechenden Masse eingestellt (§ 204), so gelten die Vorschriften des § 221 den Nachlaßgläubigern gegenüber nach B.G.B. § 1990 weiter. Wird aber auf Grund der Zustimmung aller K.Gläubiger das Verfahren eingestellt, so bleiben die Maßregeln, soweit sie vor der K.Eröffnung ausgeführt und deshalb an sich zulässig waren, in Kraft, sofern nicht bereits im Konkurse über die davon betroffenen Gegenstände anderweit verfügt worden ist. Denn auch die im Abs. 2 enthaltene Vorschrift, daß die Vormerkung unwirksam sein solle, ist ebenso wie die auch dem Wortlaute nach nur für den K. gegebene Vorschrift des Abs. 1 nur für den Konkurs, nicht für den Fall der Eröffnung des K.Verfahrens gegeben.

2) Die Vorschriften des § 221 treffen auch diejenigen Gläubiger des Erben, die nicht Nachlaßgläubiger sind. Gerade das ist mit der gegenwärtigen Fassung der Vor-

Digitized by Google

schriften, von denen die im Abs. 1 im Uebrigen dem § 2110 des Entw. B.G.B. 1. Les. entspricht, beabsichtigt (Prot. 2. Les. B.G.B. S. 765). Aber diese Gläubiger sind nicht K.Gläubiger und ihre Ansprüche, die durch Pfändung oder Vormerkung gesichert sind, werden deshalb durch den Konkurs nicht weiter beeinflußt, als daß sie ihr Pfandrecht gegen die K.Masse nicht geltend machen und die Erfüllung ihres durch die Vormerkung gesicherten Anspruches aus der K.Masse nicht verlangen können. Für die Zeit nach der Beendigung des K.Verfahrens wird danach die spätere Wirksamkeit der in § 221 bezeichneten Maßregeln nur nach den in Anm. 7 zu § 7 ausgeführten Grundsätzen zu beurtheilen sein. Der Erbe hat zwar in der Befugniß, selbst den Nachlaßkonkurs zu beantragen, wenn er auch für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet, das Recht, seinen eigenen Gläubigern den Nachlaß zu Gunsten der Nachlaßgläubiger zu entziehen; er kann aber dies Recht nur durch das K.Verfahren und in diesem Verfahren zur Geltung bringen, während die Rechtsstellung des Erben gegen die Nachlaßgläubiger den Vorschriften des ersten Absatzes auch dann entspricht, wenn wegen Mangels einer den Kosten entsprechenden Masse das K.Verfahren nicht eingeleitet oder wieder eingestellt ist (B.G.B. § 1990). Für die Anfechtung einer von einem Gläubiger, der nicht Nachlaßgläubiger ist, erlangten Befriedigung kommt die Vorschrift des § 30 Z. 2 nicht in Betracht, da der Gläubiger auch ohne die Befriedigung nicht K.Gläubiger sein würde.

§ 222.

Hat der Erbe vor der Eröffnung des Verfahrens aus dem Nachlasse Pflichttheilsansprüche, Vermächtnisse oder Auflagen erfüllt, so ist die Leistung in gleicher Weise anfechtbar wie eine unentgeltliche Verfügung des Erben.

K.O.N.

1. Ersatzanspruch und Anfechtungsanspruch.
2. Verhältniß beider Ansprüche zu einander.
3. Anfechtungsgegner.
4. Erfüllung und Sicherung.
5. Anwendung der allgemeinen Anfechtungsgrundsätze.
6 Anwendung der Grundsätze § 83 Nr. 1, § 87 Abs. 2.
7. Anfechtung aus allgemeinen Anfechtungsgründen.

1) **Ersatzanspruch und Anfechtungsrecht.** Pflichttheilsberechtigte, Vermächtnißnehmer und Personen, die die Erfüllung einer Auflage zu fordern befugt sind, stehen nach B.G.B. § 1967 zwar dem Erben als Nachlaßgläubiger gegenüber, haben aber im Verhältniß zu den übrigen Gläubigern keine größeren Ansprüche an den Nachlaß als der Erbe selbst. Sie würden zu Lebzeiten des Erblassers als des eigentlichen Schuldners nicht in Wettbewerb treten können und sollen durch den Willen dieses Schuldners allein nicht eine bessere Stellung erhalten. Sie werden deshalb, sobald der Nachlaß nicht zur Befriedigung aller Gläubiger ausreicht, erst nach allen andern Gläubigern befriedigt, § 226, und müssen sich sogar außerhalb des Konkurses, sofern nur der Erbe ordnungsmäßig verfährt, eine erst nach der Tilgung der andern Nachlaßverbindlichkeiten erfolgende konkursmäßige Befriedigung gefallen lassen, B.G.B. §§ 1990, 1991 für alle drei Gattungen von Forderungen und § 1992 für die beiden letzten. Eine Verletzung dieser vom Gesetz gewollten Rangordnung kann nach den Vorschriften des B.G.B. §§ 1978, 1979, der K.O. § 222 und des A.G. § 3a ausgeglichen werden. Das B.G.B. in §§ 1978, 1979 in Verbindung mit §§ 1991, 1992 verpflichtet den nicht unbeschränkt haftenden Erben, einen nicht zur Deckung aller Nachlaßverbindlichkeiten ausreichenden Nachlaß wie ein Beauftragter der Nachlaßgläubiger zu verwalten, und geben gegen ihn einen Anspruch auf Ersatz, wenn er einzelne Nachlaßgläubiger befriedigt hat, ohne zu der Annahme berechtigt gewesen zu sein, daß der Nachlaß zur Berichtigung aller Verbindlichkeiten ausreichen werde. Dieser Anspruch geht auf Ersatz des der Nachlaßmasse durch die Befriedigung des Gläubigers Entzogenen (vgl. dazu § 225 Abs. 2); er gehört nach B.G.B. § 1978 Abs. 2 zum Nachlasse. Im Konkurse wird er vom Verwalter, außerhalb des Konkurses von jedem einzelnen geschädigten Gläubiger geltend gemacht. Der § 222 K.O. und der § 3a A.G. gewähren ein Anfechtungsrecht gegen den vom Erben aus dem Nachlasse befriedigten Pflichttheilsberechtigten, Vermächtnißnehmer oder durch eine Auflage Bedachten, die das Erhaltene so herauszugeben verpflichtet sind, als hätten sie es

Digitized by Google

als unentgeltliche Zuwendung vom Erben erhalten. Das Anfechtungsrecht steht im Nachlaßkonkurse dem Konkursverwalter, außerhalb des Konkurses dem einzelnen Gläubiger zu; vgl. zu dem letzten AG. § 3a. Der Anfechtungsanspruch geht im Konkurse auf volle Rückgewähr des anfechtbar Entzogenen, soweit es zur Befriedigung aller Gläubiger erforderlich ist.

2) Im Konkurse hat also der Verwalter, sobald der Fall des § 222 vorliegt, **zwei nebeneinander bestehende Ansprüche** auf Zurückführung des Betrages, der zur Berichtigung von Pflichttheilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen gedient hat. Er kann nach seiner Wahl den Erben, der nicht unbeschränkt haftet (B.G.B. § 2013), mit dem Ersatzanspruche — soweit der Erbe nicht durch B.G.B. § 1979 geschützt ist — und den Empfänger mit dem Anfechtungsanspruche angreifen. Die volle Leistung des Entzogenen durch den Einen befreit den Andern. Für Beide ist von Bedeutung, daß der Andere angegangen wird; Beide erhalten für die Rückgewähr der vollen Leistung nur den Konkursantheil, der Erbe gemäß § 225 Abs. 2, der Anfechtungsgegner gemäß § 39. Keiner von beiden aber hat Anspruch auf den vollen Betrag, der Erbe nicht, weil er den Ersatzanspruch durch pflichtwidriges Verhalten verschuldet hat, der Nachlaßgläubiger aus Pflichttheilsrechten u. s. w. nicht, weil ihm das Gesetz Anspruch auf Befriedigung erst nach der Tilgung der andern Nachlaßverbindlichkeiten gewährt. Es kann deshalb keiner der beiden Verpflichteten den Verwalter auf den gegen den Andern gegebenen Anspruch verweisen; vgl. Begr. zur K.O.N. S. 49. Ueber die abweichende Regelung bei der Anfechtung außerhalb des Konkuses s. Anm. 8 zu A.G. § 3a.

3) **Der Anfechtungsgegner** ist im Falle des § 222 ein Pflichttheilsberechtigter, Vermächtnißnehmer oder durch Auflage Bedachter, ein sogenannter uneigentlicher Nachlaßgläubiger. (Als Gläubiger wird hier somit auch der bezeichnet, der durch die Auflage mit einem Vortheil bedacht ist, der aber in Wirklichkeit nicht Nachlaßgläubiger ist.) Nur einem solchen gegenüber, der nach den Vorschriften des Bürgerlichen Rechtes (Anm. 1) im Range erst nach allen andern Gläubigern kommt, ist das Anfechtungsrecht gewährt. Daß auch sonst Rangordnungen zwischen verschiedenen Gläubigerklassen aufgestellt sind, vgl. K.O. §§ 224, 226 Nr. 1—3, B.G.B. § 1973 Abs. 1, rechtfertigt keine analoge Ausdehnung der Bestimmungen des § 222 gegen die darin anderen Gläubigern nachgestellten eigentlichen Nachlaßgläubiger.

4) Die angefochtene Rechtshandlung soll die **Erfüllung** einer uneigentlichen Nachlaßverbindlichkeit sein. Nach dem Sinn der Vorschrift ist aber der Erfüllung eine andere Befriedigung (datio in solutem) und eine auf Befriedigung abzielende Sicherung gleichzustellen. Ebenso Jäger Anm. 9; a. M. Hartmann-Meickel Anm. 2 zu A.G. § 3a.

5) **Die allgemeinen Grundsätze der Anfechtung** finden auch im Falle des § 222 Anwendung. Die Befriedigung des Pflichttheilsberechtigten u. s. w. muß den K.Gläubigern nachtheilig sein; vgl. die Ausführungen in Anm. 5 zu § 29. Danach genügt zum Nachweis der Benachtheiligung, daß durch die anfechtbare Rechtshandlung ein Werthgegenstand aus dem Nachlaß, der K.Masse, herausgekommen ist; es ist dann Sache des Anfechtungsgegners, nachzuweisen, daß auch ohne das Entzogene die Masse zur Befriedigung aller, das heißt nicht nur der bisher angemeldeten oder bekannten Gläubiger ausreicht. — Es ist ferner unerheblich, ob die Leistung durch den Erben selbst oder eine Person erfolgt ist, die die angefochtene Leistung für ihn gemacht hat, wie den Testamentsvollstrecker, den Nachlaßverwalter, einen Nachlaßpfleger. Die Leistung muß nur aus dem Nachlasse gemacht sein und das ist anzunehmen, wenn die Nachlaßgläubiger nach B.G.B. § 1979 die Berichtigung der Verbindlichkeit als für Rechnung des Nachlasses erfolgt gelten lassen müssen, also wenn der Erbe den Umständen nach annehmen durfte, daß der Nachlaß zur Berichtigung aller Nachlaßverbindlichkeiten ausreichen werde, und ebenso wenn ein zum Nachlasse gehörender Gegenstand weggegeben worden ist. Der Erbe hat in dem ersten Falle nach § 224 eine Masseforderung, aber nur, wenn er nicht unbeschränkt haftet (§ 2013). Die von einem unbeschränkt haftenden Erben aus eigenen Mitteln erfolgte Berichtigung uneigentlicher Nachlaßverbindlichkeiten ist also der Anfechtung nicht unterworfen. Ebenso

Digitized by Google

Seuffert S. 216 f. (§ 36 eβ). — Endlich macht es für die Anfechtung keinen Unterschied, ob die Leistung vom Erben freiwillig gemacht oder durch Zwangsvollstreckung von ihm beigetrieben ist, § 35.

6) **Wie eine unentgeltliche Verfügung** des Erben ist die Erfüllung der Pflichttheilsansprüche u. s. w. anfechtbar. Danach finden des Weiteren **die Grundsätze des § 32 Nr. 1, § 37 Abs. 2 Anwendung.** Der Empfänger haftet also aus § 222 nur, wenn die Leistung innerhalb eines Jahres vor der Eröffnung des Nachlaßkonkurses erfolgt ist und, wenn er gutgläubig war, das heißt, die Überschuldung des Nachlasses nicht kannte, nur auf den Umfang der Bereicherung, sonst auf das Empfangene; vgl. § 32 Anm. 1—4, § 37 Anm. 12—15.

7) **Eine Anfechtung** der Befriedigung von Pflichttheilsberechtigten u. s. w. **aus allgemeinen Anfechtungsgründen** ist ebenfalls denkbar. Sie unterliegt keinen Besonderheiten.

§ 223.

Dem Erben steht wegen der ihm nach den §§ 1978, 1979 des Bürgerlichen Gesetzbuchs aus dem Nachlasse zu ersetzenden Aufwendungen ein Zurückbehaltungsrecht nicht zu.

K. O. N.

1. Bedeutung der Vorschrift.
2. Aufrechnungsbefugniß des Erben.
3. Rechte des Erben an einzelnen Nachlaßgegenständen.
4. Rechte des Nachlaßverwalters ꝛc.

1) **Bedeutung der Vorschrift.** Die Vorschrift des § 223 ist mit Rücksicht auf B.G.B. §§ 1978, 1979 erlassen. Danach kann der Erbe für Aufwendungen in der Geschäftsführung und für die Berichtigung von Nachlaßschulden Ersatz verlangen, und er würde das Recht haben, wegen dieser Ansprüche gemäß B.G.B. § 273 Nachlaßgegenstände zurückzubehalten. „Durch die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts gegenüber dem Konkursverwalter könnte jedoch die Verwertung der Masse verzögert und der Verwalter unter Umständen genöthigt werden, zum Zwecke der Berichtigung der Ersatzforderungen des Erben Geld auf den Kredit der Masse aufzunehmen. Andererseits ist der Erbe dadurch, daß sein Ersatzanspruch zu den Masseschulden gehört, genügend gesichert. Demgemäß schließt der § 223 das Zurückbehaltungsrecht des Erben für den Fall des Nachlaßkonkurses aus. Begr. zur K.O.N. S. 50. Die von Jäger Anm. 2 vertretene Anschauung, daß der Erbe die Befugniß aus B.G.B. § 273 nicht habe, weil die Herausgabepflicht nicht auf der Beendigung des Auftragsverhältnisses beruhe, sondern öffentlichen Rechtes sei, daß daher § 223 überflüssig sei, ist nicht zutreffend. Dasjenige Rechtsverhältniß, das die Verpflichtung des Erben zur Befriedigung der Nachlaßgläubiger und damit zur Herausgabe an den mit der Befriedigung betrauten K.Verwalter begründet, ist das **Erbenverhältniß**; dasselbe Verhältniß ist es, das ihm die Berechtigung zur Verwaltung des Nachlasses und somit zur Erstattung der darauf gemachten Verwendungen gewährt. Das Auftragsverhältnis ist (B.G.B. § 1978) nur zur Bezeichnung des Umfangs von Rechten und Verbindlichkeiten des Erben herangezogen. § 273 würde also Anwendung finden. Der Eröffnungsbeschluß aber ist der Titel, auf Grund dessen das Vermögen des G.Schuldners herangezogen werden kann; er unterliegt den nach § 72 anwendbaren Vorschriften der C.P.O.; ob er auf Grund öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Rechtssätze ergangen ist, ist bei ihm wie bei jedem anderen zur Zwangsvollstreckung nach den Grundsätzen der C.P.O. berechtigenden Titel unerheblich. Nach Strohal § 78 Anm. 15, soll § 223 nur den allgemeinen Grundsatz wiederholen, daß der Schuldner der gegen ihn vom Gläubiger geführten Zwangsvollstreckung gegenüber nicht ein Zurückbehaltungsrecht zur Geltung bringen könne. Einen solchen allgemeinen Satz giebt es aber nicht; das Recht, die Leistung zu verweigern (§ 273 B.G.B.), besteht vielmehr immer so lange, als es nicht durch ein vorauf gegangenes Verfahren ausgeschlossen ist (anders also z. B. wenn der Vollstreckungstitel auf Leistung Zug um Zug geht oder der Gegenanspruch nach Erlaß des Urtheils entstanden ist). Ein

Digitized by Google

solches jedes Zurückbehaltungsrecht ausschließendes Verfahren liegt aber bei dem Eröffnungsbeschlusse nicht vor.

2) Aus der Begründung der Vorschrift ergiebt sich, daß nur eine Verzögerung in der Verwerthung der Masse vermieden, nicht aber jeder Einfluß von Ansprüchen des Erben auf den Nachlaß überhaupt beseitigt werden sollte. Dem Erben ist danach nur die Zurückbehaltung von Nachlaßgegenständen verwehrt, nicht auch die Aufrechnung mit eigenen Forderungen gegen Nachlaßforderungen (so Petersen-Kleinfeller zu § 227). Eine andere Auffassung verlangt weder der Wortlaut des § 223 noch die Bestimmung des § 6, die dem G.Schuldner die Verfügung über die zur K.Masse gehörigen Gegenstände entzieht; denn er verfügt mit der Aufrechnung nur über seine eigene Forderung, nicht über eine Nachlaßforderung.

3) Die Vorschrift bezieht sich nicht auf **Gegenstände, die der Erbe auf Grund eines besonderen,** außer der Erbfolge zwischen ihm und dem Erblasser bestehenden **Rechtsverhältnisses in Händen hat.** (Pfandrecht, vertragsmäßige Zurückbehaltung u. a. m., die gemäß B.G.B. § 1976 bei Eröffnung des Nachlaßkonkurses als nicht erloschen gelten). Da der Erbe nur als solcher G.Schuldner ist, so richtet sich auch der Eröffnungsbeschluß als Schuldtitel nur gegen ihn als Erben und auf die Gegenstände, die er als Erbe in Besitz hat. Dem Erben soll im § 223 also ein Absonderungsrecht nicht etwa genommen werden.

4) Ebenso ist auch dem **Nachlaßpfleger oder Nachlaßverwalter** nur die Geltendmachung solcher Zurückbehaltungsrechte verwehrt, die sie für den Erben, auf Grund einer für ihn und auf seine Rechnung erfolgten Rechtsbesorgung beanspruchen wollen. Haben sie aus eigener Tasche Aufwendungen für den Nachlaß gemacht, so bleibt ihnen das gesetzliche Zurückbehaltungsrecht bewahrt.

§ 224.

Masseschulden sind außer den im § 59 bezeichneten Verbindlichkeiten:

1. Die dem Erben nach den §§ 1978, 1979 des Bürgerlichen Gesetzbuchs aus dem Nachlasse zu ersetzenden Aufwendungen;

2. die Kosten der standesgemäßen Beerdigung des Erblassers;

3. die im Falle der Todeserklärung des Erblassers dem Nachlasse zur Last fallenden Kosten des Verfahrens;

4. die Kosten der Eröffnung einer Verfügung des Erblassers von Todeswegen, der gerichtlichen Sicherung des Nachlasses, einer Nachlaßpflegschaft, des Aufgebots der Nachlaßgläubiger und der Inventarerrichtung;

5. die Verbindlichkeiten aus den von einem Nachlaßpfleger oder einem Testamentsvollstrecker vorgenommenen Rechtsgeschäften;

6. Die Verbindlichkeiten, welche für den Erben gegenüber einem Nachlaßpfleger, einem Testamentsvollstrecker oder einem Erben, der die Erbschaft ausgeschlagen hat, aus der Geschäftsführung dieser Personen entstanden sind, soweit die Nachlaßgläubiger verpflichtet sein würden, wenn die bezeichneten Personen die Geschäfte für sie zu besorgen gehabt hätten.

K. O. N.

1. Allgemeines.
2. Ersatz für Aufwendungen der Erben.
3. Beerdigungskosten.
4. Kosten der Todeserklärung.
5. Andere Akte einer ordnungsmäßigen Verwaltung.
6. Rechtsgeschäfte der Nachlaßpfleger ꝛc.
7. Aufwendungen der Nachlaßpfleger ꝛc.

1) I. **Allgemeines.**

Die Masseschulden des § 224 sind denen des § 59 völlig gleichgeordnet und werden, wenn die Masse zu ihrer aller Befriedigung nicht ausreicht, gemäß § 60 mit denen des § 59 antheilig ohne Rücksicht auf die Reihenfolge der Nummern bezahlt. Gläubiger kann

Digitized by Google

in allen Fällen der Erbe sein, doch können die Forderungen, mit Ausnahme der von Nr. 1, auch von den dritten Personen, die sie gegen den Erben geltend machen dürften, gegen die Masse unmittelbar erhoben werden. Der Erbe kann nach § 1976 Gläubiger des Nachlasses auch dann sein, wenn er unbeschränkt haftet, in Folge seiner unbeschränkten Haftung aber stehen ihm möglicherweise die in § 224 genannten Forderungen gegen den Nachlaß nicht zu (B.G.B. § 2013).

II. **Die einzelnen Nummern.**

2) Nr. 1. **Ersatzforderung für Aufwendungen.** Hierzu gehören die für die Verwaltung des Nachlasses vom Erben vor oder nach erfolgter Annahme der Erbschaft gemachten Auslagen, soweit der Erbe sie den Umständen nach für erforderlich halten durfte (B.G.B. §§ 670, 683). Ebenso kann der Erbe auch für die Tilgung von Nachlaßverbindlichkeiten, die er aus eigenen Mitteln geleistet hat, Erstattung aus der Masse verlangen, sobald er den Umständen nach annehmen durfte, daß der Nachlaß zur Berichtigung aller Nachlaßverbindlichkeiten ausreichen werde (§ 1979 B.G.B.), und zwar auch für die Berichtigung von Pflichttheilen, Vermächtnissen und Auflagen; vgl. § 222. Die Vorschrift des § 224 Nr. 1 ist das nothwendige Gegenstück für die dem Erben im B.G.B. § 1978 auferlegte Verantwortung, die zu übernehmen er sich trotz der in § 1978 Abs. 3 und § 1979 ihm gewährten Rechte scheuen würde, wenn er nur als K.Gläubiger Befriedigung zu erwarten hätte. Auch so noch muß er damit rechnen, in Folge der Konkurrenz mit anderen Masseschulden — etwa aus Geschäften des Nachlaßkonkursverwalters entstandenen — nur zum Theil Deckung für seine Auslagen zu erhalten.

Dem Anspruch auf Erstattung von Auslagen steht der Anspruch auf Befreiung von Verbindlichkeiten gleich, die der Erbe zum Zwecke ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses übernommen hat. Für solche Verbindlichkeiten haftet er als Vertragsschließender persönlich mit seinem ganzen Vermögen, der Vertragsgegner kann und muß sich an ihn halten; daß diesem gegenüber die Vertragsschuld eine Nachlaßverbindlichkeit wäre, läßt sich aus keiner gesetzlichen Bestimmung herleiten. Ebenso Strohal § 70 I 2 g und Anm. 23; a. M. anscheinend Jäger Anm. 2. Die Frage wird besonders praktisch, wenn der Erbe im Verlaufe ordnungsmäßiger Verwaltung verbrauchbare Sachen verkauft hat, deren Übergabe bei Eröffnung des Nachlaßkonkurses noch nicht erfolgt ist, aber dem Erben gegenüber verlangt wird. Der Erbe kann dann aus dem Nachlasse Befreiung von seiner Schuld verlangen und seine Forderung ist nach Nr. 1 Masseforderung; das heißt, er kann, da Masseforderungen keine Geldforderungen zu sein brauchen, aus dem Nachlasse Lieferung der von ihm veräußerten Sachen an den Vertragsgegner verlangen, und zwar gegen Bezahlung, wenn die Gegenleistung noch nicht zur K.Masse gelangt ist. Dem K.Verwalter steht demgegenüber gemäß B.G.B. § 273 ein Zurückbehaltungsrecht für etwaige ebenfalls auf B.G.B. § 1978 beruhende Ersatzforderungen zu. — Hat der Erbe Nachlaßgegenstände veräußert, ohne daß er die Veräußerung den Umständen nach für erforderlich halten durfte, so steht ihm der gekennzeichnete Anspruch auf Befreiung von seiner Verbindlichkeit nicht zu und er muß dem Vertragsgegner aus eigener Tasche für die Vertragsleistung aufkommen. Diese Rechtslage wird wesentlich dazu beitragen, den Erben vor Feststellung und Tilgung der Nachlaßverbindlichkeiten zu einer vorsichtigen Verwaltung des Nachlasses zu veranlassen.

Stehen die im B.G.B. §§ 1978, 1979 genannten Forderungen dem Erben nicht zu, weil er unbeschränkt haftet (B.G.B. § 2013), so können sie auch, wenn neben dem Nachlaßkonkurs ein Erbenkonkurs schwebt, nicht von dem Verwalter des Erbenkonkurses und auch nicht unter dem Gesichtspunkte geltend gemacht werden, daß etwa durch Tilgung einer Nachlaßschuld der Nachlaß bereichert sei. Die „Bereicherung kann als eine rechtlose" (§ 59), die Zuwendung als eine „ohne rechtlichen Grund" erfolgte (B.G.B. § 822) nicht angesehen werden, weil der unbeschränkt haftende Erbe auch bei der Bezahlung von Nachlaßschulden nur die eigenen Schulden begleicht, die Rücksicht auf die persönlichen Gläubiger aber dem Verwalter im Erbenkonkurs nicht mehr Befugnisse giebt, als sie der Erbe hat.

3) Nr. 2. **Die Kosten der standesgemäßen Beerdigung des Erblassers** sind nach B.G.B. § 1968 von dem Erben zu tragen, das heißt, sie gehören zu den Verbindlichkeiten,

Digitized by Google

die den Erben als solchen treffen, und sind deshalb gemäß § 1967 Abs. 2 Nachlaßverbindlichkeiten. Durch § 224 Nr. 2 werden sie außerdem zu Masseschulden erhoben. „Diese Regelung ist durch das öffentliche Interesse geboten und entspricht der Volksanschauung". Mot. S. 50. — Für die Frage, was „der Stand", die Lebensstellung (B.G.B. § 1610 Abs. 1) erforderte, muß auch die vielleicht erst bei dem Erbfalle zu Tage getretene wahre Vermögenslage des Verstorbenen in Betracht gezogen werden. Der Spekulant, der eine glänzende Lebenshaltung geführt und, um diese beim Zusammenbruch seines Vermögens nicht aufgeben zu müssen, sich das Leben genommen hat, hat in Wahrheit nicht den Stand gehabt, den er zur Schau trug. Andererseits kann die bloße Thatsache der Eröffnung des Nachlaßkonkurses, des Umstandes also, daß die Nachlaßgläubiger das ganze Vermögen des Verstorbenen für ihre Befriedigung in Anspruch nehmen, nicht in allen Fällen dazu führen, den Erblasser als in seiner Lebensstellung gemindert anzusehen. Abgesehen davon, daß die Ueberschuldung des Nachlasses auf die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zurückzuführen sein kann, daß bei einem Fortleben des Erblassers die vorhandene Ueberschuldung keineswegs zu einer Zahlungseinstellung zu führen braucht, sind auch die außer den materiellen Verhältnissen einen „Stand", eine Lebensstellung verleihenden Umstände von maßgebender Bedeutung. (Beerdigung eines großen Künstlers oder Gelehrten.) So ist nach den konkreten Umständen das Maß des Standesgemäßen zu finden. Einen weiteren Gesichtspunkt giebt die Ortssitte. In erster Linie kommt die Sitte am Beerdigungsorte in Betracht. Ist diese eine andere als die des letzten Wohnsitzes, so wird sich wieder fragen, ob der Wechsel (falls er erheblich) auf den Zufall oder auf die Standessitte zurückzuführen ist. — Je nach den Umständen kann zu den Kosten der standesgemäßen Beerdigung gerechnet werden: Sarg, Leichenwagen, Grabstätte, Blumen, Ausschmückung und Beleuchtung der Leichenhalle, Gottesdienst, Trauergeläute, Erbbegräbniß, Trauergefolge, Leichenschmaus, Trauerkleider für Familie und Gesinde, Ueberführung der Leiche. Gegen Strohal § 70 muß auch die Setzung eines angemessenen Grabsteins zu den Beerdigungskosten gerechnet werden, namentlich gegenüber den Vermächtnißnehmern und Auflageberechtigten.

4) Nr. 3. **Kosten einer Todeserklärung des Erblassers** fallen gemäß C.P.O. § 971 dem Nachlasse insoweit zur Last, als sie zur zweckentsprechenden Durchführung des Verfahrens nothwendig waren. Die Anordnung ist aus Billigkeitsgründen getroffen (Begr. des K.O.R. S. 50) und gerechtfertigt, weil die Todeserklärung des Erblassers Voraussetzung des Nachlaßkonkurses ist. Die Kosten können — soweit sie Gerichtskosten sind — unmittelbar von der Gerichtskasse, sonst aber auch von dem Antragsteller, der in erster Linie Kostenschuldner ist, oder von jedem Dritten liquidirt werden, der sie verauslagt hat. Wie weit die Kosten nothwendig waren (C.P.O. § 971), muß im Streitfalle durch Urtheil des Prozeßgerichts entschieden werden; eine im Aufgebotsverfahren erfolgende Festsetzung der Kosten giebt es nicht.

5) In Nr. 4 sind **Akte einer ordnungsmäßigen Nachlaßverwaltung** aufgezählt, wie sie je nach den Umständen vorkommen können. Sie dienen in ihrem Ergebniß der richtigen Verwendung und Erhaltung des Nachlasses und kommen damit den K.Gläubigern zu Gute. Es sprechen deshalb für ihre Berechtigung als Masseschulden dieselben Billigkeitsgründe wie zu Nr. 3 (Begr. zu K.O.R. S. 50).

6) Zu Nr. 5. **Nachlaßpfleger und Testamentsvollstrecker** (zum Nachlaßpfleger gehört auch der Nachlaßverwalter) **verpflichten durch ihre** auf den Nachlaß bezüglichen **Rechtsgeschäfte** den Eigenthümer des Nachlasses, also den Erben jedenfalls insoweit, als der Nachlaß reicht, sofern nur die Rechtsgeschäfte in ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses vorgenommen worden sind. Denjenigen Personen, die aus diesen Rechtsgeschäften eine Forderung erworben haben, werden hier die Rechte der Massegläubiger beigelegt, weil der Testamentsvollstrecker und der Nachlaßpfleger, wie es in der Begründung zur K.O.R. S. 50 heißt, „wenngleich nur mittelbar die Geschäfte der Nachlaßgläubiger besorgt haben". Hierzu können auch die Wechselverbindlichkeiten gehören, die der Testamentsvollstrecker für eine Nachlaßverbindlichkeit eingegangen ist, und die Ansprüche auf Ersatz der Kosten eines vom Testamentsvollstrecker geführten Prozesses. RG. 60, 30. Die Erklärung der Begründung

Digitized by Google

zur K.O.N. S. 50, daß die K.Masse auf Kosten der betreffenden Gläubiger ohne Rechtsgrund bereichert würden, wenn die Forderungen nicht Masseforderungen wären, trifft freilich nicht immer zu.

7) Nr. 6 giebt einem **Nachlaßpfleger** (Nachlaßverwalter), **Testamentsvollstrecker und ausschlagenden Erben für seine Ansprüche** dieselben Rechte, wie Nr. 1 dem Erben selbst. Alle diese Personen besorgen — abgesehen von etwaigen anderen Funktionen — die erbschaftlichen Geschäfte für den Erben und sind daraus ihm gegenüber wie Beauftragte (Nachlaßpfleger, Nachlaßverwalter, Testamentsvollstrecker) oder wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag (ausschlagender Erbe, B.G.B. § 1959 Abs. 1) berechtigt und verpflichtet. Sie können deshalb von ihm Erstattung der für die ordnungsmäßige Verwaltung vorgenommenen Aufwendungen und Befreiung von den für den gleichen Zweck etwa übernommenen Verbindlichkeiten verlangen, B.G.B. § 1960, § 1985 Abs. 2 mit §§ 1835 und 1915; 2218; 669, 670, 683. Diese Ansprüche können, wenn sie vom Erben noch nicht berichtigt sind, unmittelbar gegen den Nachlaß und zwar als Masseforderungen geltend gemacht werden, wenn auch der Erbe für die gleichen Aufwendungen keinen Anspruch gegen den Nachlaß erheben dürfte, weil er unbeschränkt haftet. Weitergehende, etwa in Uebereinstimmung mit dem Erben vorgenommenen Aufwendungen hat zwar dieser zu erstatten, eine Berechnung den Gläubigern gegenüber aber ist unzulässig. — Außerdem gehören zu den Ansprüchen der genannten Personen die ihnen auch den Gläubigern gegenüber zustehenden Forderungen für Honorar des Pflegers oder des Testamentsvollstreckers, sowie für die dem Testamentsvollstrecker nach B.G.B. § 2215 obliegende Inventarisirung. Ein von dem Erblasser dem Testamentsvollstrecker bestimmtes Honorar fällt unter die Vorschrift über die Vermächtnisse. Als Masseschuld kann der Vollstrecker nur ein angemessenes Honorar fordern, dessen Betrag dann von dem Vermächtnisse abzurechnen ist.

§ 225.

Der Erbe kann die ihm gegen den Erblasser zustehenden Ansprüche geltend machen.

Hat der Erbe eine Nachlaßverbindlichkeit berichtigt, so tritt er, soweit nicht die Berichtigung nach § 1979 des Bürgerlichen Gesetzbuchs als für Rechnung des Nachlasses erfolgt gilt, an die Stelle des Gläubigers, es sei denn, daß er für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet.

Haftet der Erbe einem einzelnen Gläubiger gegenüber unbeschränkt, so kann er dessen Forderung für den Fall geltend machen, daß der Gläubiger sie nicht geltend macht.

K.O.N.

1. Forderungen des Erben gegen den Erblasser.
2. Forderungen des Erben an Stelle eines befriedigten Nachlaßgläubigers.
3. Forderungen des Erben an Stelle eines sich nicht meldenden Nachlaßgläubigers.

1) **Forderungen des Erben gegen den Erblasser** gelten im Falle des Nachlaßkonkurses **nicht als durch Vereinigung erloschen,** ohne Unterschied, ob der Erbe beschränkt oder unbeschränkt haftet, B.G.B. § 1976. Es ist davon eine Folge, daß der Erbe selbst Forderungen im Konkurse geltend machen kann, unter Umständen als Massegläubiger (§§ 17 ff., 46, 59) oder mit Aussonderungsrecht (§ 43), **RG.** 55, 161. Hat er ein Pfandrecht an einem Gegenstande des Nachlasses gehabt, so gilt nach derselben Vorschrift auch dieses nicht als durch Vereinigung erloschen, so daß er abgesonderte Befriedigung daraus verlangen kann (vgl. BGB. § 1256 Abs. 2). Folgeweise werden auch durch die Vereinigung einer Hypothek mit dem Eigenthum in der Person des Erben die Rechte aus der Hypothek nicht auf die des Eigenthümers als Grundschuldgläubigers beschränkt (B.G.B. § 1177 Abs. 2), so daß der Erbe nicht behindert ist, zum Zwecke seiner Befriedigung die Zwangsversteigerung oder die Zwangsverwaltung zu betreiben und die Zinsen der Hypothek zu beanspruchen (B.G.B. § 1197).

Digitized by Google

2) Der Eintritt des Erben an die Stelle eines von ihm befriedigten Nachlaßgläubigers, Abs. 2, ist eine Uebertragung der Forderung kraft Gesetzes, B.G.B. § 412, so daß die dort angezogenen Vorschriften des B.G.B. §§ 399—404, 406—410 ebenso wie der C.P.O. § 251 auch hier Anwendung finden. Der Eintritt erfolgt aber nur zu Gunsten eines Erben, der den Nachlaßgläubigern allgemein nur beschränkt haftet. Denn die hier angezogene Vorschrift des B.G.B. § 1979, nach der die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit als für Rechnung des Nachlasses erfolgt gilt, wenn der Erbe den Umständen nach annehmen durfte, daß der Nachlaß zur Berichtigung aller Nachlaßverbindlichkeiten ausreiche, findet ebenso wie die des vorausgehenden § 1978 über die Verwaltungspflichten des Erben, zu der die Vorschrift des § 1979 nur eine besondere Bestimmung giebt, bei unbeschränkter Haftung des Erben überhaupt keine Anwendung, B.G.B. § 2013 Abs. 1. Für einen unbeschränkt haftenden Erben, der eine Nachlaßverbindlichkeit berichtigt, gilt die Berichtigung zwar auch nicht als für Rechtung des Nachlasses erfolgt, aber nur deshalb, weil ein solcher Erbe den Nachlaß überhaupt nicht für die Gläubiger verwaltet; er erfüllt ausschließlich eine eigene Verpflichtung. Der Erbe, der allgemein nur beschränkt und nur einzelnen Nachlaßgläubigern gegenüber unbeschränkt (auf Grund Rechtsgeschäfts oder kraft prozessualer Ausschließung der Beschränkung, Z.P.O. § 780, oder nach B.G.B. § 2006, H.G.B. §§ 27, 128, 139) haftet, tritt auch im Falle der Befriedigung eines solchen Gläubigers in dessen Stelle nach Maßgabe des Abs. 1 ein, weil er die im B.G.B. §§ 1978, 1979 bestimmte Verantwortlichkeit zu tragen hat, B.G.B. § 2013 Abs. 2. — Die Einschränkung des Eintritts, „soweit nicht die Berichtigung als für Rechnung des Nachlasses erfolgt gilt", hat zunächst die Bedeutung eines Vorbehalts für das Recht des Erben, die von ihm gemachte Aufwendung als Masseschuld geltend zu machen, § 224. Es fragt sich, ob darüber hinaus der Erbe, der eine Nachlaßverbindlichkeit ohne vollständige Erfüllung berichtigt hat, auf dem Eintritt in die Forderung bestehen kann, oder ob nicht der K. Verwalter durch Ersatz des aufgewendeten Betrages (Berichtigung der Masseschuld), das Verlangen des Erben zurückweisen kann. Die Frage ist in ihrem zweiten Theile wenigstens dann zu bejahen (gegen Jäger Anm. 7), wenn die Berichtigung durch Verfügung über einen Nachlaßgegenstand erfolgt ist. Die Vorschrift des B.G.B. § 1979 nimmt nur dem Erben unter der bestimmten Voraussetzung die ihn nach § 1978 für eine gewisse Verwaltungshandlung treffende Verantwortung ab. Der Verwalter kann aber, wenn die Voraussetzung nicht vorliegt, doch das Berichtigungsgeschäft genehmigen. Er ist zu dieser Genehmigung berechtigt, da die den Gläubigern aus der Verwaltung des Erben entstehenden Ansprüche als zum Nachlasse gehörend gelten, B.G.B. § 1678 Abs. 2. Er handelt mit einer solchen Genehmigung auch im Interesse der K.Masse, wenn der Erbe zur Berichtigung der Verbindlichkeit weniger aufgewendet hat, als er bei Geltendmachung der berichtigten Forderung zu erwarten hat. Wird das Geschäft genehmigt, so fällt es unter das Auftragsverhältniß des Erben, B.G.B. § 1978 Abs. 1. Daß der Vortheil einer minderwerthigen Abfindung des Gläubigers nach dessen Willen dem Erben zukommen solle, ist möglich, aber keineswegs als Regel anzusehen; ist dieser Wille auf beiden Seiten vorhanden, so kann er durch Abtretung der Forderung gegen die mindere Leistung wirksam gemacht werden. Anders ist es, wenn der Erbe die Forderung nicht aus dem Nachlaß berichtigt hat.

3) Für das Recht des Erben, an Stelle eines nicht befriedigten Gläubigers dessen Forderung geltend zu machen, Abs. 3, wird vorausgesetzt, daß der Erbe nicht allgemein, wohl aber einzelnen Gläubigern (Anm. 2) und darunter dem Gläubiger, dessen Forderung er geltend machen will, unbeschränkt haftet. Die weitere Voraussetzung ist, daß der Gläubiger seine Forderung nicht selbst geltend macht. Die Vorschrift hat nicht die Bedeutung, daß der Erbe in die Rechte des Gläubigers eintritt. Der Erbe hat dies Recht, die Forderung geltend zu machen, nur, um sich gegen die Nachtheile zu schützen, die ihm aus seiner unbeschränkten Haftung erwachsen und mit einem ungerechtfertigten Vortheil für die Gläubiger verbunden sind, denen er nur beschränkt haftet. Es ist aber ein eigenes Recht und nicht die Ausübung eines Rechtes des Gläubigers. Der Erbe kann die Forde-

Digitized by Google

rung nur so geltend machen, wie sie in der Person des Gläubigers besteht; hat er sie bereits berichtigt, so hat er nur Rechte nach der Vorschrift des Abs. 2. Der Erbe kann ferner die Forderung von vorn herein geltend machen, aber nur mit der Bedingung, daß der Gläubiger sie nicht geltend macht. Ob der Gläubiger sie nicht geltend macht, läßt sich erst bei der Schlußvertheilung feststellen, da bis dahin der Gläubiger seine Forderung noch anmelden und feststellen lassen, oder im Falle des Bestreitens rechtshängig machen kann, und wenn dies geschieht, alle den übrigen K.Gläubigern gezahlten Hebungen nachgezahlt oder zurückbehalten werden müssen. Um dieser Sachlage gerecht zu werden, müssen alle Hebungen, die auf die von dem Erben angemeldete Forderung fallen, zurückbehalten werden, bis feststeht, daß der Gläubiger keine Hebung erlangen kann. Sobald der Gläubiger selbst in die Lage kommt, an einer Vertheilung theilnehmen zu können, hört jede Hebung des Erben auf und wird das für den Erben Zurückbehaltene für die weiteren Vertheilungen frei, bei denen der Gläubiger auch die für andere Gläubiger früher zahlbar gewordenen Hebungen erhält (§§ 154, 155, 156, 168). A. M. Jäger Anm. 10, der das Recht des Erben als ein auflösend bedingtes ansieht und den Gläubiger wegen der vom Erben bereits erhobenen Beträge an diesen verweist; das Gesetz giebt keinen Anhalt dafür, daß der Gläubiger in seinen Rechten beschränkt werden soll. Haftet ein Miterbe gemäß B.G.B. § 2060 Ziff. 1, 2, nur nach Verhältniß seines Erbantheils oder wird er gemäß Ziff. 3 ebenda nach dem Konkurse nur in dieser Weise beschränkt haften, so kann er die Forderung des Gläubigers auch nur zu einem entsprechenden Theile geltend machen, da nur in diesem Umfange ihm ein Nachtheil droht, der durch Benutzung der Vorschrift des Abs. 3 abgewendet werden soll. Vgl. noch Anm. 4 zu § 231.

§ 226.

In dem Verfahren kann jede Nachlaßverbindlichkeit geltend gemacht werden.

Nachstehende Verbindlichkeiten werden erst nach allen übrigen Verbindlichkeiten und in folgender Rangordnung, bei gleichem Range nach Verhältniß ihrer Beträge berichtigt:

1. die seit der Eröffnung des Verfahrens laufenden Zinsen der im § 61 bezeichneten Forderungen;
2. die gegen den Erblasser erkannten Geldstrafen;
3. die Verbindlichkeiten aus einer Freigebigkeit des Erblassers unter Lebenden;
4. die Verbindlichkeiten gegenüber Pflichttheilsberechtigten;
5. die Verbindlichkeiten aus den vom Erblasser angeordneten Vermächtnissen und Auflagen.

Ein Vermächtniß, durch welches das Recht des Bedachten auf den Pflichttheil nach § 2307 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ausgeschlossen wird, steht, soweit es den Pflichttheil nicht übersteigt, im Range den Pflichttheilsrechten gleich. Hat der Erblasser durch Verfügung von Todeswegen angeordnet, daß ein Vermächtniß oder eine Auflage vor einem anderen Vermächtniß oder einer anderen Auflage erfüllt werden soll, so hat das Vermächtniß oder die Auflage den Vorrang.

Die Verbindlichkeiten, in Ansehung deren der Gläubiger im Wege des Aufgebotsverfahrens ausgeschlossen ist oder nach § 1974 des Bürgerlichen Gesetzbuchs einem ausgeschlossenen Gläubiger gleichsteht, werden erst nach den im Abs. 2 Nr. 1—3 bezeichneten Verbindlichkeiten und, soweit sie zu den im

Digitized by Google

Abs. 2 Nr. 4, 5 bezeichneten Verbindlichkeiten gehören, erst nach den Verbindlichkeiten berichtigt, mit denen sie ohne die Beschränkung gleichen Rang haben würden. Im übrigen wird durch die Beschränkung an der Rangordnung nichts geändert.

K.O. N.

1. I. Nachlaßverbindlichkeiten.
2. II. Erweiterung des Kreises der K.Gläubiger.
3. A. Unterhaltsansprüche des § 3 Abs. 2.
4. B. Erbenschulden.
5. Ansprüche aus Erbengeschäften.
6. Prozeßkosten.
7. Schadensersatzansprüche.
8. Erbschaftssteuern.
9. Pflichttheilsrechte (Abs. 3 Satz 1).
10. Vermächtnisse und Auflagen.
11. Vermächtnisse.
12. Auflagen.
13. C. Forderungen des § 63.
14. III. Minderberechtigte Gläubiger.
15. IV. Rangordnung.
16. Tabelle.

1) I. **Nachlaßverbindlichkeiten** sind solche Verbindlichkeiten des Erben, die er entweder deswegen berichtigen muß, weil schon sein Erblasser und Rechtsvorgänger sie berichtigen mußte, oder weil sie ihn „als Erben" treffen, das heißt ihm durch letztwillige Verfügung des Erblassers oder durch gesetzliche Vorschrift auferlegt sind, B.G.B. § 1967. Man unterscheidet danach zwischen Erblasser- und Erbenschulden. Wie weit der Erbe für beide Arten von Schulden nur mit dem Nachlasse oder auch mit seinem eigenen Vermögen haftet, kommt für ihre Geltendmachung im Nachlaßkonkurse nur bei der Anwendung des § 225 Abs 2 u. 3 in Betracht.

2) II. Dadurch, daß jede der vorgenannten Nachlaßverbindlichkeiten im Nachlaßkonkurse geltend gemacht werden kann, ergiebt sich **eine Erweiterung des Kreises der K.Gläubiger** für den Nachlaßkonkurs. Wie im gewöhnlichen Konkurse müssen allerdings die K.Forderungen vor Eröffnung des Nachlaßkonkurses begründet sein; später entstandene Forderungen sind nur als Masseschulden denkbar (z. B. § 224 Nr. 2). Unter dieser Voraussetzung aber kommen zu den Konkursforderungen des gewöhnlichen Konkurses hinzu:

a) die schon im § 3 Abs. 2 vorgesehenen Unterhaltsverpflichtungen;
b) die Erbenschulden des B.G.B. § 1967 Abs. 2 (Anm. 4—12);
c) die Forderungen des § 63 Nr. 1, 3 u. 4, deren Geltendmachung im gewöhnlichen Konkurse ausgeschlossen ist.

Zu den einzelnen im Nachlaßkonkurse hinzutretenden Gläubigerklassen ist zu bemerken:

3) A. **Die Unterhaltsansprüche des § 3 Abs. 2** sind die der Ehegatten (B.G.B. §§ 1360, 1361, 1608, 1609, 1611, 1615), des geschiedenen und des ihm gleichgestellten Ehegatten (B.G.B. §§ 1578—1583; 1351, 1586), der Aszendenten und Deszendenten (B.G.B. §§ 1601—1615), der unehelichen Kinder und deren Mutter (B.G.B. §§ 1708 bis 1716). Sie können schon nach § 3 Abs. 2 im Konkurse geltend gemacht werden, soweit der G.Schuldner als Erbe des Verpflichteten haftet. Dies ist im K. über den Nachlaß des Verpflichteten, in dem als G.Schuldner nur dessen Erbe in Betracht kommt, stets der Fall. Es erlöschen aber die Unterhaltsansprüche der Ehefrau, der Aszendenten und Deszendenten mit dem Tode des Verpflichteten, B.G.B. § 1615 (mit Ausnahme der im § 1969 B.G.B. bestimmten s. Anm. 11); der Anspruch des geschiedenen Ehegatten, der mit dem Tode des Schuldners auf eine Rente in Höhe der Hälfte der Einkünfte aus dem Vermögen des Schuldners ermäßigt werden kann, ist von Werth nur, wenn die Überschuldung erst nach dem Tode des Schuldners eingetreten ist; und schließlich kann der Anspruch des unehelichen Kindes mit Gewährung des Pflichttheils abgefunden werden, und kommt er dann nur wie der Anspruch eines andern Pflichttheilsberechtigten zur Hebung, s. Anm. 9, so daß nur, wenn der Pflichttheilsanspruch größer wäre, die Forderung unter den gewöhnlichen K.Forderungen praktisch von Bedeutung sein würde. Vgl. über die Unterhaltsansprüche die Anm. 11 zu § 3.

4) B. **Die Erbenschulden** (Anm. 1). Als solche sind im Gesetze besonders aufgezählt die Verbindlichkeiten aus Pflichttheilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen (B.G.B.

Digitized by Google

§ 1967), vgl. Anm. 9—12, die Kosten der standesgemäßen Beerdigung des Erblassers (B.G.B. § 1968), die eine Masseschuld darstellen, vgl. Anm. 3 zu § 224, der dem überlebenden Ehegatten zustehende Voraus (B.G.B. § 1932) und der an familienangehörige Hausgenossen des Erblassers zu entrichtende dreißigtägige Unterhalt (BGB. § 1969), welche beide Verbindlichkeiten unter die Regeln des Vermächtnisses fallen, vgl. Anm. 11; außerdem treten die ebenfalls als Masseforderungen berechtigten Ansprüche des § 224 Nr. 3—6 hinzu, die als K. Forderungen nicht weiter in Betracht kommen. Insbesondere ist hervorzuheben:

5) **Ansprüche dritter Personen aus Rechtsgeschäften mit dem Erben** sind keine Nachlaßverbindlichkeiten, soweit aus ihnen nicht ein Anspruch aus Bereicherung der Masse entstanden ist. In Höhe der Bereicherung sind sie Masseschulden. Die Bereicherung des Nachlasses genügt nicht Vgl. § 224, Anm. 2.

6) Im Anschluß hieran können die **Prozeßkosten** in Betracht kommen, die in einem vom Erben im Interesse des Nachlasses geführten Prozesse entstanden sind und von dem unterliegenden Erben erstattet werden müssen. Die Erstattungspflicht muß als eine reine Erbenschuld angesehen werden, wenn der Erbe ein angeblich zum Nachlaß gehöriges Recht geltend gemacht hat, oder wenn ein vom Erben mit Bezug auf einen Nachlaßgegenstand vorgenommenes Rechtsgeschäft Grundlage des Rechtsstreites ist. In beiden Fällen ist lediglich eine Rechtshandlung des Erben Entstehungsgrund für die Forderung. Ob der Erbe solchermaßen verauslagte Prozeßkosten als Aufwendungen, B.G.B. § 1978 Abs. 3, aus der Masse fordern kann, ist eine andere Frage; ihre Bejahung hängt davon ab, ob das Interesse des Nachlasses die Prozeßführung rechtfertigt. Dagegen ist die Pflicht zur Erstattung von Prozeßkosten, die durch Verfolgung einer Nachlaßverbindlichkeit gegen den Erben entstanden sind, wenn auch Verbindlichkeit des Erben, doch gleichzeitig Nachlaßverbindlichkeit. Sie trifft den Erben, weil er sich auf den Prozeß einlassen muß, solange der Nachlaßkonkurs nicht eröffnet oder die Nachlaßverwaltung nicht eingeleitet ist. Dagegen bleibt der Erbe den Gläubigern für die Prozeßführung verantwortlich. Ebenso verhält es sich mit Schadensersatzansprüchen, die aus der Nichterfüllung einer Nachlaßverbindlichkeit entstanden sind; der Gläubiger macht damit nur das ihm gegen den Erblasser zustehende Recht in der gesetzlich zulässigen Veränderung und Erweiterung geltend. Trifft den Erben ein Verschulden, so hat er dafür sowohl dem Gläubiger, wie dem Nachlaß (B.G.B. § 1978 Abs. 2) aufzukommen. Ebenso Strohal a. a. O. c und d.

7) Wo die **Ersatzpflicht für außerkontraktlichen Schaden** nicht von einem Verschulden, sondern nur von einem bestimmten Verhältniß zu der schadenzufügenden Sache abhängig ist, Thierschaden B.G.B. § 833, Wildschaden § 835, muß da, wo der Erbe nur kraft seiner Erbeneigenschaft als Thierhalter oder Jagdberechtigter gilt, eine den Erben als solchen treffende Verbindlichkeit, also eine Nachlaßverbindlichkeit angenommen werden. Hält dagegen der Erbe — wenn auch nur bis zur Versilberung des Nachlasses — das Thier für sich, oder übt er die Jagd für sich aus, so liegt nur eine Erben- und keine Nachlaßverbindlichkeit vor. Ebenso Strohal a. a. O. e. Die Entscheidung kann im Einzelfalle sehr schwierig sein. Auch im Falle des § 836 B.G.B., Schaden durch Gebäudeeinsturz, ist zu prüfen, ob den Erben das Verschulden fehlerhafter Einrichtung oder mangelhafter Unterhaltung trifft, oder ob er als Erbe „des früheren Besitzers" (Abs. 2) oder gar nicht haftet, weil der Erblasser die erforderliche Sorgfalt beobachtet hat, den Erben aber wegen Unkenntniß seiner Erbeneigenschaft kein Verschulden trifft.

8) Die **Erbschaftssteuer** trifft den Erben, nicht den Nachlaß; nicht der Erbfall, sondern der Erwerb von Vermögen durch Erbfall ist der Verpflichtungsgrund; vgl. Anm. 9 zu § 61. A. M. Jäger Anm. 7, Strohal a. a. O. f.

9) **Pflichttheilsrechte** werden gegen den Erben in Gestalt einer Geldforderung geltend gemacht; die aus ihnen entspringenden Verbindlichkeiten treffen den Erben als solchen; die Anführung in B.G.B. § 1967 Abs. 2 ist nur ein Beispiel. Eine Forderung besteht für den Pflichttheilsberechtigten nur, wenn der Nachlaß zur Zeit des Erbfalls einen Überschuß der Aktiven über die Erblasserschulden ergab, und sie kommt im Nachlaßk. nur dann in Betracht, wenn nach Berichtigung aller Masse- und Erblasserschulden von dem Nachlasse

Digitized by Google

noch etwas übrig bleibt. Diesen Verhältnissen entsprechend ist im § 226 die Rangordnung der Verbindlichkeiten aus Pflichttheilsrechten bestimmt. Über den Anspruch auf Ergänzung des Pflichttheils vgl. Anm. 2 zu § 228.

Ist ein Pflichttheilsberechtigter mit einem Vermächtniß bedacht (B.G.B. § 2307), so gilt er im Nachlaßkonkurse auch in Höhe des den Pflichttheil nicht übersteigenden Vermächtnisses als ein Pflichttheilsberechtigter, ohne daß er gemäß BGB. § 2307 erst das Vermächtniß ausschlagen müßte. Abs. 3 Satz 1.

10) Vermächtnisse und Auflagen sind Nachlaßverbindlichkeiten, deren sich der Erbe, abgesehen von der Haftung mit dem Nachlasse, auch dann erwehren kann, wenn kein Nachlaßkonkurs eröffnet ist, B.G.B. § 1992. Ist aber der Nachlaßkonkurs eröffnet, so haben auch die Ansprüche aus Vermächtnissen und Auflagen ein Recht auf Theilnahme daran, nach dem Grundsatze, daß jede Nachlaßverbindlichkeit geltend gemacht werden kann. Sie stehen aber in ihrem Verhältnisse zum Nachlaß dem Erben am nächsten, vgl. Anm. 1 zu § 222, und haben deshalb Anspruch auf Befriedigung erst dann, wenn alle andern Gläubiger befriedigt sind. Dieselbe Stellung ist ihnen durch B.G.B. § 1991 Abs. 4 auch außerhalb des Konkurses angewiesen. Auch die Pflichttheilsberechtigten haben näheren Anspruch auf Befriedigung; auch außerhalb des K. kann der Erbe die Vermächtnisse und Auflagen kürzen, um Pflichttheilsrechte unverkürzt befriedigen zu können; B.G.B. § 2318 Abs. 1 u. 2 (Abs. 3 bleibt für den Nachlaßkonkurs außer Betracht).

11) Vermächtnisse sind Nachlaßverbindlichkeiten nur insoweit, als sie dem Erben und nicht etwa einem Vermächtnißnehmer auferlegt sind. Ein Vermächtniß ist auch das Vorausvermächtniß, das dem Erben selbst zugewendet ist; der Erbe kann also mit den übrigen Vermächtnißnehmern als Gläubiger in Konkurrenz treten, wenn er selbst und nicht etwa ein anderer Vermächtnißnehmer der Beschwerte ist, B.G.B. § 2150; ebenso der einzelne Bedachte unter mehreren Erben. Den Vermächtnissen gleich stehen nach ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes der Voraus des Ehegatten, B.G.B. § 1932, und der Unterhaltsanspruch der Familienangehörigen auf die ersten 30 Tage; Anm. 3. Ist der Ehegatte selbst der Erbe und beruht die Ueberschuldung des Nachlasses auf Vermächtnissen und Auflagen, so konkurrirt er mit dem Vermächtnißnehmer. Da aber seine Forderung im Konkurse nur Geldforderung ist, § 69, so kann der Ehemann, auch wenn er G.Schuldner ist, der Verwerthung der zum Voraus gehörenden Gegenstände nicht widersprechen und auf ihren Werth nur die K.Quote verlangen. — Kann der Erbe die Erbschaft nicht mehr ausschlagen, B.G.B. § 1943 mit § 2306, so hat er den Vermächtnißnehmern gegenüber keinen Anspruch auf Belassung seines Pflichttheils; er hat ihn nur dann, wenn er die Erbschaft ausschlägt, also aufhört, G.Schuldner zu sein, B.G.B. § 2306. Ist das Vermächtniß nur einem Miterben auferlegt, so kann dafür nicht der ganze Nachlaß in Anspruch genommen werden; der Vermächtnißnehmer erhält vielmehr seine Befriedigung nur aus dem Antheil des Belasteten an dem, was nach Befriedigung der vorgehenden K.Gläubiger noch übrig bleibt, Anm. 5 zu § 216.

12) Auflagen, die vom Erblasser angeordnet sind, sind K.Forderungen, wenn sie dem Erben auferlegt sind. Forderungsberechtigter ist nicht der durch sie Begünstigte, sondern entweder der Erbe, also den Erben gegenüber nur ein Miterbe, B.G.B. § 2194 Satz 1, oder derjenige, dem der Wegfall des Erben unmittelbar zu statten kommen würde, dem Alleinerben gegenüber also der gesetzliche oder der nächste gesetzliche oder der nach ihm berufene Erbe, B.G.B. ebenda; oder wenn die Vollziehung der Auflage im öffentlichen Interesse liegt, die zuständige Behörde, B.G.B. § 2194 Satz 2; oder schließlich der Testamentsvollstrecker, B.G.B. §§ 2203, 2208, 2223. Der so Berechtigte kann die Auszahlung der auf die Auflage entfallenden Quote aber nicht an sich, sondern nur an den Begünstigten verlangen. A. M. Jäger Anm. 15. Über eine Auflage, die nur einem von mehreren Erben gemacht ist, gilt das am Schluß der vorigen Anm. Gesagte.

13) C. Die Forderungen des § 63 Nr. 1, 3 u. 4 können im Regelkonkurse nicht geltend gemacht werden; ihre Befriedigung kann nur außerhalb des Konkurses erfolgen. Würde derselbe Grundsatz auch im Nachlaßkonkurse Anwendung finden, so müßten die

Digitized by Google

genannten Forderungen, die ja jedenfalls Nachlaßverbindlichkeiten sind, entweder auf das konkursfreie Vermögen (das es neben unpfändbaren Stücken nicht giebt, Vorbem. 8, 9 vor § 214) oder aber auf die Zeit nach Beendigung des Konkurses verwiesen werden. Hier aber würde der Erbe, der sich auch diesen Nachlaßverbindlichkeiten gegenüber die beschränkte Haftung sichern will, genöthigt sein, einen neuen Nachlaßkonkurs zu beantragen, in dem die genannten Forderungen dann doch K.Forderungen wären, oder es würde bei K.Unfähigkeit des Nachlasses (B.G.B. § 1990) der Zugriff der Gläubiger entscheiden. Dem gegenüber ist es zweckmäßig, die sonst ausgeschlossenen Gläubiger im Nachlaßkonkurse zuzulassen. Andererseits aber erfordert die Rücksicht auf die K.Gläubiger, denen im gewöhnlichen Konkurse die Konkurrenz der Gläubiger des § 63 nicht erwachsen würde, daß dies auch im Nachlaß K. nicht der Fall ist. Deshalb enthält Abs. 2 die Bestimmung, daß die genannten Gläubiger erst nach den übrigen K.Gläubigern Befriedigung erhalten sollen. Die Forderungen des § 63 Nr. 1, 3 u. 4 sind in den Nummern 1—3 des § 226 enthalten. Es ist zu ihnen nur zu bemerken, daß zu den laufenden Zinsen nicht nur die Vertragszinsen, sondern auch die gesetzlichen Zinsen gehören. Ebenso Cnyrim S. 17, a. M. Jäger Anm. 22. — Unter einer Geldstrafe ist nur eine im öffentlichen Interesse erlassene Strafe, nicht etwa eine Vertragsstrafe zu verstehen, zu deren Zahlung der Erblasser verurtheilt war. Vgl. Anm. 4 zu § 63. — Die Vorschrift des § 63 Nr. 2 gilt auch für den Nachlaßkonkurs, vgl. Anm. 3 zu § 63.

14) III. **Minderberechtigte K.Gläubiger.** Die Bestimmung des Abs. 1, daß im Nachlaßkonkurse jede Nachlaßverbindlichkeit geltend gemacht werden kann, verbunden mit dem auf den Vorschriften theils des Konkursrechts, theils des bürgerlichen Rechts beruhenden Anspruche einiger Gläubiger auf Befriedigung vor andern Gläubigern hat zur Folge, daß im Nachlaßkonkurse eine Reihe von Rangklassen geschaffen werden mußte, die zu den Gläubigerklassen des Regelkonkurses, den bevorrechtigten K.Gläubigern (§ 61 Nr. 1—5) und den übrigen K.Gläubigern (§ 61 Nr. 6), hinzutreten. Da alle diejenigen K.Gläubiger im Nachlaßkonkurse, die einen andern Anspruch an den Nachlaß haben als die K.Gläubiger im Regalkonkurse diesen nachstehen müssen, so werden sie als **minderberechtigte K.Gläubiger** bezeichnet. In diese Klasse sind nach § 226 Abs. 4 auch noch Gläubiger versetzt, die an sich zu den vollberechtigten Gläubigern gehören können, nämlich diejenigen Nachlaßgläubiger, die im Wege des Aufgebotsverfahrens mit ihren Forderungen ausgeschlossen sind, oder solchen Forderungen gleichstehen. Vgl. über diese Forderungen Anm. 1—3 zu § 219.

Alle minderberechtigten Gläubiger haben unter sich wieder eine bestimmte Rangordnung, die in Abs. 2—4 des § 226 gegeben ist. Ihre Rangordnung sowohl zu den übrigen K.Gläubiger wie unter einander äußert sich in der Theilnahme an der Vertheilung der Masse, zu der sie wohl zum vollen Nennwerthe ihrer Forderungen aber erst hinter den ihnen vorgehenden Gläubigern zugezogen werden. Des Weiteren ist ihnen, mit Ausnahme der Forderungen im Abs. 2 Nr. 1, kraft ausdrücklicher Vorschrift des § 230 Abs. 2 die Theilnahme am Zwangsvergleiche, und den Forderungen der Nr. 5 und des Abs. 4 nach § 219 wenigstens bedingungsweise die Befugniß zum Antrage auf K.Eröffnung versagt. Im Uebrigen stehen sie den sonstigen K.Forderungen gleich und geben namentlich das Recht, auch vollberechtigte Forderungen im Prüfungstermin zu bestreiten. Es bedarf ihnen gegenüber für die ihnen vorgehenden Gläubiger keiner besonderen Anmeldung eines Vorrechtes, die auch im Nachlaßkonkurse für die Gl. des § 61 Nr. 1—5 erforderlich ist. Die Rangklasse, in die sie gehören, braucht nicht schon bei der Feststellung im Prüfungstermin bestimmt zu werden, wenn es auch zweckmäßig sein wird, für die minderberechtigten K.Gläubiger eine dritte Abtheilung in der Tabelle eines Nachlaßkonkurses anzulegen. Diese Eintragung legt aber keineswegs für die Dauer des Konkurses ihr Antheilsrecht fest. Dies wird vielmehr im Vertheilungsverfahren durch die Aufnahme in das Verzeichniß (§ 151) festgestellt, gegen das gemäß § 158 bei einer Abschlagsvertheilung, gemäß § 162 bei der Schlußvertheilung Einwendungen, und zwar bei jedem Verzeichniß von Neuem erhoben werden können. Diese Einwendungen stehen sowohl den minderberechtigten wie den voll-

Digitized by Google

berechtigten Gläubigern zu, sobald ihr Interesse berührt wird, was für die vollberechtigten bezüglich der Rangordnung der minderberechtigten unter sich nicht der Fall ist. Die minderberechtigten haben Anspruch auf Aufnahme in ein Vertheilungsverzeichniß erst dann, wenn die ihnen vorgehenden Gläubiger bei der vorzunehmenden Vertheilung voll befriedigt werden.

15) IV. Die **Rangordnung** der minderberechtigten Gläubiger ist durch § 226 im Einklang mit den Vorschriften der K.O. und des bürgerlichen Rechts angeordnet und nur bei den Forderungen Nr. 1—3 nur durch allgemeine Zweckmäßigkeitsrücksichten bestimmt. Hinter sie treten nach Abs. 4 die ausgeschlossenen und die diesen gleichstehenden Gläubiger, soweit sie nicht unter Nr. 4 und 5 gehören. Sie haben außerhalb des Konkurses Anspruch auf Befriedigung erst nach Tilgung der nicht ausgeschlossenen Nachlaßverbindlichkeiten und gehen auch dort nur den Verbindlichkeiten aus Pflichttheilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen vor, BGB. §§ 1973, 1974; dieselbe Stellung ist ihnen deshalb auch im Konkurse angewiesen (Begr. z K.O.R. S. 52). Stehen gemäß B.G.B. § 1974 Pflichttheilsrechte, Vermächtnisse und Auflagen den ausgeschlossenen Verbindlichkeiten gleich (der Ausschließung selbst sind sie nach § 1972 B.G.B. nicht unterworfen), so reihen sich diese hinter die Klasse, mit der sie ohne Anwendung der Ausschlußfolgen gleich stehen würden. Die Rangordnung der Pflichttheilsrechte, Vermächtnisse und Auflagen ergiebt sich aus dem in Anm. 7 u. 8 Gesagten.

Unter einander sind die Angehörigen der einzelnen Klassen gleichberechtigt bis auf die ausgeschlossenen Verbindlichkeiten und die Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen und Auflagen. Für die ausgeschlossenen Gläubiger ist im Schlußsatze des § 226 bestimmt, daß „im übrigen durch die im Abs. 4 gegebene Beschränkung an der Rangordnung nichts geändert wird". Daraus ergiebt sich, daß wenn Forderungen verschiedener Rangklassen ausgeschlossen sind, sie unter sich nach Maßgabe dieser Rangklassen berechtigt sind, zuerst also die ausgeschlossenen Vorrechtsgläubiger, dann die K.Gläubiger u. s. w. an die Reihe kommen. — Bei Vermächtnissen und Auflagen kann nach Abs. 3 Satz 2 die letztwillige Bestimmung des Erblassers eine Rangordnung innerhalb dieser Klasse herbeiführen. Die Bestimmung des Erblassers gilt nach dem Schlußsatze des Paragraphen auch für die den ausgeschlossenen Forderungen gleichstehenden Vermächtnisse und Auflagen.

16) Hiernach ergiebt sich für den Nachlaßkonkurs folgende **Tabelle:**

Nr. 1—	5.	Vorrechtsgläubiger des § 61.
„	6.	Alle nicht in die anderen Abtheilungen gehörigen Nachlaßgläubiger.
„	7.	Die seit der K.Eröffnung laufenden Zinsen von 1—6.
„	8.	Geldstrafen.
„	9.	Verbindlichkeiten aus Freigebigkeiten des Erblassers.
„ 10—	17.	Ausgeschlossene und ihnen gleichstehenden Forderungen und zwar:
„ 10—	13.	a—d der Vorrechtsgläubiger.
„	14.	e der Gläubiger von Nr. 6.
„	15.	f Zinsen (Nr. 7).
„	16.	g Geldstrafen (Nr. 8).
„	17.	h aus Freigebigkeiten (Nr. 9).
„	18.	Pflichttheilsrechte.
„	19.	Forderungen der Nr. 18, die nach B.G.B. § 1974 den ausgeschlossenen Forderungen gleichstehen.
„	20.	Vermächtnisse und Auflagen mit einer etwa vom Erblasser angeordneten besonderen Rangordnung.
„	21.	Forderungen der Nr. 20, die den ausgeschlossenen Forderungen gleichstehen, ebenfalls mit einer etwa vom Erblasser angeordneten Rangordnung

und zwar zu 7—21 jedesmal mit ihren etwa laufenden — auch den seit K.Eröffnung laufenden — Zinsen (§ 227).

Digitized by Google

§ 227.

Mit den im § 226 Abs. 2 Nr. 2—5, Abs. 4 bezeichneten Forderungen werden die bis zur Eröffnung des Verfahrens aufgelaufenen und die seit der Eröffnung laufenden Zinsen an derselben Stelle angesetzt.

K. O. N.

§ 227 ist eine nothwendige Ergänzung zu der aus § 226 Abs. 2 Nr. 1 sich ergebenden Bestimmung, daß im Nachlaßkonkurse alle Nachlaßforderungen beglichen werden sollen. Da die Forderungen des § 226 Abs. 2 Nr. 2—5 zu K.Forderungen gemacht sind, mußten gemäß § 62 Nr. 3 auch die Zinsen solcher Forderungen mit ihnen zusammen erhoben werden können und da die Zinsforderungen im Nachlaßkonkurse über die K.Eröffnung hinaus nach Möglichkeit Befriedigung finden sollen, so ist diesen Zinsen durch den § 227 der ihre K.Berechtigung ausdrücklich feststellt, ihr Platz in der Rangordnung angewiesen. Auch ohne besonderen Hinweis versteht es sich, daß außer den Zinsen, auch die in § 62 Nr. 1 und 2 genannten Kosten und Vertragsstrafen ihren Platz neben der Hauptforderung finden. Ebenso Jäger Anm. 33 zu §§ 226—229.

§ 228.

Was in Folge der Anfechtung einer von dem Erblasser oder ihm gegenüber vorgenommenen Rechtshandlung zur Konkursmasse zurückgewährt wird, darf nicht zur Berichtigung der im § 226 Abs. 2 Nr. 4, 5 bezeichneten Verbindlichkeiten verwendet werden.

Auf dasjenige, was der Erbe auf Grund der Vorschriften der §§ 1978 bis 1980 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu der Masse zu ersetzen hat, haben die Gläubiger die im Wege des Aufgebotsverfahrens ausgeschlossen sind, oder nach § 1974 des Bürgerlichen Gesetzbuchs einem ausgeschlossenen Gläubiger gleichstehen, nur insoweit Anspruch, als der Erbe auch nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung ersatzpflichtig sein würde.

K. O. N.

1. Anfechtung von Rechtshandlungen des Erblassers.
2. Einschränkung der Anfechtbarkeit.
3. Ansprüche des Anfechtungsgegners.
4. Ersatzansprüche gegen den Erben und ihre Verwendung.

1) Die Anfechtung von fraudatorischen Rechtshandlungen des Erblassers muß auch im Nachlaßkonkurse zulässig sein, weil die Befriedigung der K.Gläubiger auf Grund von Ansprüchen, die sie gegen den Erblasser hatten, nur aus dessen Vermögen erfolgen soll, sie also wie im Konkurse des lebenden Schuldners durch die Entziehung von Gegenständen dieses Vermögens benachtheiligt werden. § 228 bestätigt diesen Grundsatz, indem er über die Verwendung des mit Anfechtung zurückerlangten Vermögens Bestimmungen trifft. Zweifelhaft kann nur sein, ob auch die auf dem Begriffe der Zahlungseinstellung beruhenden Anfechtungsgründe des § 30 Verwendung finden können. Im Konkurse des Lebenden kommt eine Zahlungseinstellung für die Anfechtbarkeit nur in Betracht, wenn die mit ihr zum Ausdruck gelangte Zahlungsunfähigkeit zur K.Eröffnung geführt hat (Anm. 7 zu § 30). Dies ist im Nachlaßkonkurse niemals der Fall, weil hier einzig die Ueberschuldung K.Grund ist. Josephsohn S. 42 verneint deshalb die Anfechtbarkeit aus § 30 im Nachlaßkonkurse. Es wäre aber unbillig, in allen den Fällen, wo auch ohne den Tod des Schuldners die K.Eröffnung erfolgt wäre (Selbstmord nach Stellung des Antrags!), die Gegenstände der Masse dauernd zu entziehen, die ihr nach § 30 Nr. 1 und 2 zum Vortheile aller Gläubiger wieder zugeführt werden müßten. Es kommt deshalb im Nachlaßkonkurse lediglich darauf an, ob eine Zahlungseinstellung erfolgt ist, die eine wirkliche und bis zum Tode nicht wieder beseitigte Zahlungsunfähigkeit zum Ausdruck bringt. Dabei ist zu

Digitized by Google

berücksichtigen, ob etwa das Fortleben des Schuldners zu einer Beseitigung geführt haben würde, was mit Rücksicht auf eine seiner Person zukommende größere Kreditwürdigkeit sehr wohl der Fall sein kann.

2) **Eine Beschränkung der Anfechtbarkeit** enthält die Vorschrift des § 228 Abs. 1. Kommen infolge einer bei Unzulänglichkeit des Nachlasses anfechtbaren Rechtshandlung nur solche Personen nicht zur Hebung, die auf Grund des Pflichttheilsrechtes oder einer letztwilligen Verfügung des Erblassers (Vermächtnißnehmer, Auflagengläubiger) Nachlaßgläubiger sind, so findet eine Anfechtung zu Gunsten dieser Personen nicht statt, und sind neben ihnen andere Gläubiger benachtheiligt, so darf das durch die Anfechtung erlangte nicht zur Befriedigung der Erstgenannten verwandt werden; der Anfechtungsgegner könnte also die Rückgewähr insoweit verweigern, als ihm der Nachweis gelänge, daß die Rückgewähr zur Befriedigung aller Erblassergläubiger nicht mehr erforderlich ist (vgl. Anm. 5 zu § 29). — Die nach § 32 zulässige Anfechtung unentgeltlicher Verfügungen kann sich in ihrem Gegenstande decken mit dem einem Pflichttheilsberechtigten oder dem durch Erbvertrag berechtigten Vermächtnißnehmer zustehenden Anspruch auf Ergänzung des Pflichttheils oder Vermächtnisses aus einer einem Dritten gemachten Schenkung (B.G.B. §§ 2288, 2329.) Trotzdem kann auch dann die Befriedigung des Vermächtnißnehmers oder Pflichttheilsberechtigten im Nachlaßkonkurse nicht erfolgen; der Anfechtungsanspruch geht dem Rechte des Vermächtnißnehmers und dem außerordentlichen Pflichtheilsrechte vor.

3) **Der Anfechtungsgegner hat nach § 228 einen Anspruch auf Rückgewähr des** nicht zur Befriedigung der berechtigten Gläubiger Verwendeten. Dieser Anspruch darf nicht etwa dadurch vereitelt werden, daß der K.Verwalter mit den zurückgewährten Gegenständen die vollberechtigten K.Gläubiger und mit den dadurch freigewordenen Massebestandtheilen die Pflichttheilsberechtigten u. s. w. befriedigt. Der Ueberschuß stellt sich als eine Bereicherung der (dem Erben gehörigen) Masse dar; der Erbe hat keinen Anspruch auf Rückempfang des anfechtbar Weggegebenen, Petersen-Kleinfeller Anm. 3. Soweit die zurückgewährten Gegenstände nach der Schlußvertheilung noch in natura da sind, kann sie der Anfechtungsgegner als sein Eigenthum in Anspruch nehmen (vgl. Anm. 7, 9 zu § 37); soweit sie veräußert sind, kann eine Masseforderung nach § 59 Nr. 3 geltend gemacht werden. Hiernach hat der K.Verwalter sein Verhalten einzurichten. Da der Erfolg seiner Anfechtung von der Ueberschuldung des Nachlasses durch die von § 228 nicht betroffenen Gläubiger abhängt, so wird nur in Ausnahmefällen eine Veräußerung unterbleiben können; bietet aber der Anfechtungsgegner vor der Veräußerung die Zahlung der zur Befriedigung der genannten Gläubiger erforderliche Summe an, so wird man ihm auf solche Einlösung ein Recht zusprechen müssen, weil der Anfechtungsanspruch immer nur auf die Befriedigung der benachtheiligten Gläubiger gerichtet sein kann. Ist der Gegenstand der Anfechtung veräußert, so tritt an seine Stelle ein bestimmter Geldbetrag; dieser darf bei der Schlußvertheilung auf die Forderungen aus Pflichttheilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen nicht zur Vertheilung kommen. — Was der Anfechtungsgegner auf seine mit der Rückgewähr als K.Forderung wieder auflebende Forderung (§ 39) oder von der Gegenleistung (§ 38) bereits wieder erhalten hat, muß er sich von seiner oben gekennzeichneten Masseforderung abrechnen lassen oder Zug um Zug zurückgewähren.

4) **Die Ersatzansprüche an den Erben** (B.G.B. §§ 1978—1980) gehören nach B.G.B. § 1978 Abs. 2 zum Nachlasse, fallen also in die K.Masse. Sie reichen nur so weit, als es die Befriedigung der Gläubiger gebietet. Die genannten Ersatzansprüche stehen aber nicht allen Nachlaßgläubigern, nämlich denen nicht zu, die im Wege des Aufgebotsverfahrens ausgeschlossen sind oder einem ausgeschlossenen Gläubiger gleich stehen. Solche Gläubiger haben nach B.G.B. §§ 1973, 1974 einen Anspruch nur insoweit, als der Erbe nach Befriedigung der anderen nach Maßgabe des § 1973 zu befriedigenden Nachlaßgläubiger noch bereichert ist. Diese Ansprüche sollen im Nachlaßkonkurse, in dem auch die ausgeschlossenen und ihnen gleichstehenden Nachlaßgläubiger als K.Gläubiger auftreten, nicht erweitert werden, was geschehen würde, wenn sie aus der Konkursmasse unterschiedlos befriedigt würden, obwohl in die Masse auch die auf Ersatzansprüche gemachten Leistungen des Erben fließen.

Digitized by Google

Die Ersatzansprüche können also auch im Nachlaßkonkurse nur so weit geltend gemacht werden, als es zur Befriedigung der — in diesem Sinne vollberechtigten — Gläubiger erforderlich ist, und darüber hinaus nur, soweit der Erbe bereichert ist. — Die Forderungen aus Pflichttheilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen nehmen dagegen an den Ersatzleistungen des Erben theil, obwohl sie in der Rangordnung hinter den ausgeschlossenen Gläubigern stehen. Es ist auch hier der durch die Ersatzleistungen in die Masse fließende Betrag festzustellen und von einer Vertheilung auf die Gläubiger der §§ 1973, 1974 B.G.B. auszuschließen. Ueberschüsse erhält der Erbe zurück, wenn er nicht durch sie bereichert sein würde. Die Rechte der einzelnen Gläubigerklassen und des Erben (G.Schuldners) werden im Vertheilungsverfahren als Einwendungen gegen das Verzeichniß geltend gemacht. Seuffert § 15 Nr. 2. — Gegen einen unbeschränkt haftenden Erben kommen nach B.G.B. § 2013 weder die §§ 1973, 1974 noch die §§ 1978—1980 in Betracht. § 228 Abs. 2 wird also gegenstandslos.

§ 229.

Die in dem Aufgebotsverfahren zum Zwecke der Ausschließung von Nachlaßgläubigern angemeldeten und nicht ausgeschlossenen Forderungen gelten als auch im Nachlaßkonkurs angemeldet, sofern das Aufgebot von dem Gerichte, bei welchem der Konkurs anhängig wird, erlassen und das Verfahren nicht vor der Eröffnung des Konkursverfahrens ohne Erlassung des Ausschlußurtheils erledigt ist.

K.O.N.

1. Zweck und Voraussetzungen.
2. a) Zusammentreffen von Aufgebots- und Nachlaßgericht.
3. b) Ordnungsmäßige Anmeldung.
4. c) Ordnungsmäßiger Verlauf des Aufgebotsverfahrens.
5. Wirkung der Anmeldung.

1) **Zweck** des § 229 ist eine Erleichterung der Konkursanmeldung für solche Gläubiger, die ihre Forderungen schon einmal ordnungsmäßig bei demselben Gericht angemeldet und damit bewirkt haben, daß ihre Forderung nicht mehr ausgeschlossen werden darf. — **Voraussetzungen** für die Erleichterung sind:

2) a. **Zusammentreffen von Aufgebots- und Konkursgericht.** Aufgebotsgericht ist nach C.P.O. § 990 das Nachlaßgericht, dieses wird in F.G.G. § 73 für den Erblasser ebenso bestimmt, wie das Gericht des allgemeinen Gerichtsstandes in der C.P.O. §§ 13 bis 16; das Amtsgericht also, bei dem der Erblasser zur Zeit des Erbfalls seinen allgemeinen Gerichtsstand hatte, ist nach K.O. § 214 auch das Konkursgericht. Ein Auseinanderfallen von Konkursgericht und Nachlaßgericht kann nur eintreten, wenn der Erblasser entweder mehrere Wohnsitze oder wenn er zur Zeit des Erbfalls weder einen allgemeinen Gerichtsstand noch einen Aufenthaltsort im Inlande, wohl aber eine gewerbliche Niederlassung hatte, oder ein Gut als Eigenthümer, Nutznießer oder Pächter bewirthschaftete, außerdem aber noch andere Vermögensstücke an anderen inländischen Orten besaß. In diesem Falle muß der Nachlaßkonkurs bei dem Amtsgericht eröffnet werden, in dessen Bezirke sich die gewerbliche Niederlassung oder das Gut befindet (Anm. zu § 214), während das Aufgebotsverfahren gemäß F.G.G. § 73 bei jedem Gerichte beantragt werden kann, in dessen Bezirk sich irgendwelche Nachlaßgegenstände befinden.

3) b. **Ordnungsmäßige Anmeldung** im Aufgebotsverfahren. Wie die Anmeldung im Konkurse (K.O. § 139), hat auch die Anmeldung im Aufgebotsverfahren Gegenstand und Grund der Forderung zu bezeichnen (C.P.O. § 996). Eine Anmeldung, die dieser Anforderung nicht entspricht, würde im Aufgebotsverfahren ausgeschlossen werden müssen und kann deshalb auch dann als Konkursanmeldung nicht gelten, wenn das Aufgebotsverfahren noch nicht durch Ausschlußurtheil beendet ist. Soll für die Konkursforderung ein Vorrecht beansprucht werden, so bedarf es dafür einer besonderen rechtzeitigen Anmeldung; ebenso, wenn der Gegenstand der Forderung kein Geldbetrag ist, wie er allein im Konkurse geltend gemacht werden darf. Die Umwandlung der Forderung nach K.O. § 69

Digitized by Google

muß durch den Anmeldenden vorgenommen werden; eine nicht auf Geld gerichtete Forderung kann im Prüfungstermin nicht festgestellt werden; eine veränderte Anmeldung bedarf dann erneuter Prüfung.

4) c. **Das Aufgebotsverfahren muß entweder noch schweben oder mit Ausschlußurtheil geendet haben.** Ist der Antrag auf Durchführung des Aufgebotsverfahrens zurückgenommen oder gemäß C.P.O. § 954 erledigt, oder ist nach Einleitung wegen nachträglich sich herausstellender Unzuständigkeit oder aus anderen Gründen der Antrag auf Erlaß des Ausschlußurtheils abgewiesen, so werden damit auch die in diesem Verfahren gemachten Anmeldungen gegenstandslos; ebenso wenn das Ausschlußurtheil auf die Anfechtungsklage (C.P.O. § 957) aufgehoben ist, weil ein Fall vorlag, den das Gesetz nicht zuläßt. Petersen-Kleinfeller Anm. 2; Seuffert § 42 Anm. 12; dies ist, gegen Jäger Anm. 42 zu §§ 226—229, dann denkbar, wenn ein Nichtberechtigter das Verfahren veranlaßt hat. — Umgekehrt kann ein im Urtheil zu Unrecht Ausgeschlossener mit der Anfechtungsklage den Ausschluß beseitigen und damit feststellen, daß seine Forderung rechtzeitig und richtig angemeldet war. Solange jedoch das Ausschlußurtheil nicht rechtskräftig aufgehoben ist, gilt die Anmeldung für den Konkurs als nicht erfolgt.

5) **Die Wirkung der früheren Anmeldung** im Aufgebotsverfahren ist, daß die Forderung von Amtswegen in die Tabelle eingetragen und zum Gegenstande des Prüfungsverfahrens gemacht werden muß. Die mit der Konkursanmeldung verbundene Unterbrechung der Verjährung, B.G.B. § 209 Nr. 2, kann bei dem Zusammentreffen von Aufgebotsanmeldung und K.Eröffnung nur mit dem Zeitpunkt der K.Eröffnung als eingetreten gelten.

§ 230. (206.)

Ein Zwangsvergleich kann nur auf den Vorschlag aller Erben geschlossen werden.

Die Gläubiger, welchen die im § 226 Abs. 2 Nr. 2—5, Abs. 4 bezeichneten Forderungen zustehen, nehmen an dem Zwangsvergleiche nicht Theil, sie sind jedoch vor der Bestätigung zu hören. Macht einer von ihnen glaubhaft, daß der Zwangsvergleich sein berechtigtes Interesse verletzt, so ist auf seinen Antrag der Zwangsvergleich zu verwerfen; gegen die Bestätigung steht ihm die sofortige Beschwerde nach § 189 zu.

E. I. 19. 166. K.O.N.

1. Vergleichsschluß durch alle Erben
2. Vergleichsschluß durch Nachlaßpfleger und Testamentsvollstrecker.
3. Unbeschränkte Haftung des Erben.
4. Ausschlußwirkung des Vergleichs.
5. Nichttheilnehmende Gläubiger.

1) **Der Zwangsvergleich muß von allen Erben** nicht nur vorgeschlagen, sondern auch **abgeschlossen werden.** Damit wird sicher gestellt, daß der Vergleich allen Erben zu statten kommt, B.G.B. § 423, und daß er gegen alle Erben vollstreckbar wird, § 194. Es ist aber nicht erforderlich, daß alle Erben durch den Vergleich Verpflichtungen übernehmen. Wie die Verpflichtung eines Dritten an Stelle des Gemeinschuldners genügt, so genügt auch die Verpflichtung eines oder einiger von mehreren Gemeinschuldnern. Soweit gesetzliche Hinderniſſe für das Zustandekommen oder die Bestätigung des Vergleichs aus der Person des G.Schuldners oder die Aufhebung des durch den Vergleich begründeten Erlasses in Frage kommen (§§ 175, 183, 187, 197), genügt es, wenn die entscheidenden Umstände auch nur in der Person eines von mehreren Erben vorliegen. Unter allen Erben sind aber nur die zu verstehen, die zur Zeit Erben sind, nicht also Vorerben und Nacherben neben einander.

2) Der § 206 a. F. bestimmte, daß der Zwangsvergleich nur **auf Vorschlag aller Erben oder Nachlaßvertreter** geschlossen werden könne. Die Worte „oder Nachlaßvertreter" sind nach der Begründung der K.O.N. S. 53 deshalb gestrichen worden, weil das B.G.B. eine Nachlaßvertretung in Ansehung einzelner Erbtheile nicht kenne, sondern nur

Digitized by Google

eine Vertretung in Bezug auf den ganzen Nachlaß, und im Falle der Bestellung mehrerer Nachlaßpfleger die allgemeinen Grundsätze des B.G.B. (§§ 1797, 1915) darüber entscheiden, inwieweit sie gemeinsam zu handeln haben. Die K.O. stand einer Mannigfaltigkeit von Rechten gegenüber, die es angezeigt erscheinen lassen mochten, von Nachlaßvertretern zu sprechen. Das B.G.B. kennt überhaupt keinen Nachlaßvertreter, sondern nur Vertreter des oder der Erben. Nur dem Erben wird der Nachlaßpfleger bestellt und diese Bestellung kann sich auch auf einzelne Erben beschränken, neben denen andere mit einem völlig erwiesenen Erbrechte zu einem in sich bestimmten Erbtheile stehen können (vgl. Planck Anm. 2c zu B.G.B. § 1960). Ein zum Zwecke der Fürsorge für den Nachlaß bestellter Nachlaßpfleger (B.G.B. § 1960) kann als Vertreter des Erben auch den Zwangsvergleich schließen. Und, wenn mehrere Erben da sind, von denen für einen oder einige ein Pfleger bestellt ist, so ist nichts weiter erforderlich, als daß dieser mit den übrigen Erben zusammenwirkt; das entspricht durchaus dem Wortlaute der Vorschrift a. F. Sind mehrere Pfleger für dieselben Erben bestimmt, dann entscheiden unter ihnen allerdings B.G.B. §§ 1797, 1915. Der zum Zwecke der Nachlaßverwaltung zu bestellende Nachlaßpfleger (B.G.B. § 1975) kann allerdings nur für den ganzen Nachlaß bestellt werden (B. G.B. § 2062); aber seine Befugnisse sind bereits mit der K.Eröffnung beendigt (B.G.B. § 1998). Auch der **Testamentsvollstrecker,** dem die Verwaltung des Nachlasses zusteht, wird, wenn er auch nicht als Vertreter des Erben angesehen wird, von der Abschließung eines Zwangsvergleichs wegen Unzulänglichkeit seiner Befugnisse nicht grundsätzlich auszuschließen sein, da die Abschließung von Vergleichen zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich sein kann, B.G.B. § 2206. Doch ist zu beachten, daß der Testamentsvollstrecker und der Nachlaßpfleger dem Erben nicht eine unbeschränkte Verpflichtung auferlegen können, B.G.B. § 2206. Das Angebot des Vergleichs durch diese Personen ermöglicht es aber, daß einer von mehreren Miterben ohne Mitwirkung der übrigen durch sein Eintreten, durch seine Uebernahme persönlicher Verpflichtungen den Vergleich zu Stande bringen kann.

3) **Haftet der Erbe** allen oder einzelnen Nachlaßgläubigern **unbeschränkt,** so wird diese Haftung durch den Zwangsvergleich nicht betroffen. Die Aufhebung dieser Haftung kann auch nicht durch den Vergleich bestimmt werden, da nur die Rechte der Gläubiger als Konkursgläubiger dem Zwangsvergleich unterliegen. Jeder Gläubiger kann nur für sich den G.Schuldner aus der unbeschränkten Haftung entlassen. Aus § 211, der für die persönliche Haftung der Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft anders bestimmt, ist ein allgemeiner Grundsatz nicht zu entnehmen. Ebenso Strohal § 80 Note 20a. A. M. für den Fall der allgemein unbeschränkten Haftung Jäger Anm. 15. Diese Meinung würde, wenn von mehreren Erben einer beschränkt, ein anderer unbeschränkt haftet, immer zu besonderen Bestimmungen nöthigen, da doch nicht anzunehmen ist, daß die verschieden haftenden Erben auf Grund einer für alle gleichen Leistung größeren oder geringeren Vortheil aus dem Vergleiche haben sollen. Sollen aber die Leistungen verschieden bestimmt werden, dann ist die unbeschränkte Haftung eines Erben für das Zustandekommen des Vergleichs zum Nachtheil der übrigen hinderlich.

4) **Ausschlußwirkung des Vergleichs.** Der Zwangsvergleich wirkt seinem Inhalte gemäß auch im Nachlaßkonkurs gegen alle nicht bevorrechteten Gläubiger. Das Zurücktreten einzelner Gläubiger nach § 226 gilt dabei nicht als Vorrecht für die übrigen. Der Vergleich hat aber noch eine besondere Wirkung gegen die zum Konkurs nicht angemeldeten Gläubiger. Nach B.G.B. § 1989 finden, wenn der K. durch Zwangsvergleich beendigt ist, auf die Haftung des Erben die Vorschriften des § 1973 entsprechende Anwendung. Der § 1973 beschränkt die Haftung des Erben gegenüber den im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Gläubigern auf die ihm nach Befriedigung der nicht ausgeschlossenen verbleibende Bereicherung mit gewissen Besonderheiten für das Zusammentreffen mit Verbindlichkeiten aus Pflichttheilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen. Die entsprechende Anwendung dieser Vorschriften führt dazu, daß der Abschluß des demnächst bestätigten Zwangsvergleichs gegenüber Konkursgläubigern, die sich im Konkurse bis dahin nicht gemeldet haben, ebenso wirkt wie der im

Digitized by Google

Aufgebotsverfahren erfolgte Ausschluß. Als entscheidender Zeitpunkt ist der Abschluß des Vergleichs anzunehmen, weil der Erbe gegen neu auftauchende Ansprüche geschützt werden soll und mit dem Abschluß des Vergleichs gebunden ist. Vgl. Planck Anm. 1 zu B.G.B. § 1989. Diese Wirkung tritt jedoch, da die Vorschriften des B.G.B. §§ 1973, 1989 im Falle der allgemein unbeschränkten Haftung des Erben nach § 2013 ebenda keine Anwendung finden, nur für den Fall ein, daß der Erbe im Allgemeinen nur beschränkt haftet. Für mehrere Erben kann daher die Wirkung verschieden sein. Der Ausschluß tritt aber auch für solche Nachlaßgläubiger ein, die durch den Zwangsvergleich im Uebrigen nicht betroffen werden, sowohl die in Abs. 2 bezeichneten (Anm. 5) als auch die mit Vorrecht versehenen.

5) Die Vorschrift des Abs. 2, **daß die darin bezeichneten Gläubiger an dem Zwangsvergleiche nicht theilnehmen,** hat die Bedeutung, daß sie weder über die Annahme des Vergleichs mit abstimmen, noch aus dem Vergleich Rechte herleiten können, noch durch den Vergleich an ihren Forderungen etwas verlieren. Sie sind deshalb auch nicht berechtigt, auf Grund des § 188 die Verwerfung des Vergleichs zu beantragen. Der Inhalt des Vergleichs ist daher für sie ohne Bedeutung. Dagegen können sie allerdings ein berechtigtes Interesse (das Jäger Anm. 17 vermißt) daran haben, daß der K. nicht ohne Vertheilung der Masse beendigt wird, wenn sie, bei einer solchen Vertheilung, allen andern K.Gläubigern nachstehend, doch noch für sich etwas zu erwarten haben; denn durch die Aufhebung des K. in Folge Zwangsvergleichs wird ihr Recht auf abgesonderte Befriedigung, das sie durch den Antrag auf K.Eröffnung wahren konnten (§ 219), ohne Ersatz (§ 176 Abs. 2) aufgehoben oder doch wesentlich erschwert. Ob das hiernach mögliche Interesse ein wirkliches ist, hängt von weiteren Umständen ab, aus denen sich vielleicht ergiebt, daß das Absonderungsrecht keinen Werth hat. In Betracht kommt das Verhalten und die Vermögenslage des Erben (vgl. B.G.B. § 1981), insbesondere auch der Umstand, daß die im Konkurse festgestellte Forderung von dem Erben bestritten worden ist. Wird eine der Sachlage entsprechende Abfindung gewährt, so fehlt jedes Interesse. Das glaubhaft gemachte Interesse berechtigt zum Widerspruch. Diese Auffassung wird durch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift bestätigt. Nach dem Entw. 1. Lesung B.G.B. sollten die Gläubiger unbedingtes Widerspruchsrecht haben, wobei in den Protokollen auf den Verlust des Absonderungsrechts hingewiesen ist; nach den Beschlüssen einer Unterkommission in 2. Lesung nur dann, wenn sie aus dem Konkurse eine Hebung zu erwarten hatten. Für den Entwurf 2. Lesung ist die Bedingung noch weiter so verschärft, wie sie Gesetz geworden ist (Prot. 5, 770). — Die Anhörung dieser Gläubiger kann in der Weise erfolgen, daß sie zu dem Vergleichstermin geladen und in diesem zu einer Erklärung aufgefordert werden. Widersprechen können sie bis zur Bestätigung des Vergleichs und bis zu dieser können sie auch die etwa folgende Glaubhaftmachung nachholen. Daß einer dieser Gläubiger, der widersprechen will, seine Forderung vorher angemeldet habe, ist nicht erforderlich; die Forderung ist aber, wenn sie nicht festgestellt ist, in jedem Falle auch glaubhaft zu machen (vgl. § 188), da eine Stimmberechtigung für den Vergleich für sie nicht festgestellt sein kann. Die Anhörung aber ist für alle angemeldeten Forderungen stets, für die nicht angemeldeten niemals erforderlich. Die Beschwerde steht allen bezeichneten Gläubigern zu, wenn sie vor dem Konkursgericht die Verwerfung des Vergleichs beantragt haben. Mit der Beschwerde kann die erforderliche Glaubhaftmachung nachgeholt werden.

§ 231.

Die Vorschriften des § 223, des § 224 Nr. 1 und des § 225 Abs. 2, 3 gelten für den Vorerben auch nach dem Eintritt der Nacherbfolge.

K.O.N.

1 Vorerbe und Nacherbe.
2. Nacherbe Rechtsnachfolger des Erblassers.
3. Konkursmasse im Falle der Nacherbfolge.
4. Gleichstellung des Vorerben mit dem Nacherben.

1) Der **Vorerbe hört** mit Eintritt des Nacherbfolgefalles **auf, Erbe zu sein,** B.G.B. § 2139. In Folge dessen ist er, wenn der Fall während des Konkursverfahrens eintritt,

Digitized by Google

von da an auch nicht mehr G.Schuldner. **An seine Stelle tritt der Nacherbe.** Dieser aber hat das Recht der Ausschlagung und bis zur Entscheidung hierüber ist wiederum ein bekannter Erbe und G.Schuldner nicht vorhanden; vgl. Anm. 2 zu § 216. Schlägt aber der Nacherbe aus und ist nicht an dessen Stelle ein Anderer als Nacherbe berufen, so verbleibt die Erbschaft dem Vorerben, B.G.B. § 2142. Dessen Erbrecht gilt als ununterbrochen fortbestehend, ohne daß er den Fortbestand ablehnen kann. Der Vorerbe wird in Folge seines Ausscheidens zu dem weiteren Verfahren nicht mehr zugezogen. Er kann auch einen Zwangsvergleich nicht mehr schließen, § 230.

2) Der **Nacherbe ist nicht Rechtsnachfolger des Vorerben**, sondern nur des Erblassers. Eine gegen den Vorerben ergangene Entscheidung wirkt deshalb nicht gegen den Nacherben, sofern nicht der Ausnahmefall der C.P.O. § 326 Abs. 2 vorliegt, daß sie über einen der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstand ergeht, über den der Vorerbe ohne Zustimmung des Nacherben zu verfügen befugt ist. Andere Entscheidungen zwischen dem Vorerben und einem Dritten wirken nur für den Nacherben (C.P.O. § 326 Abs. 1). Daher ist die Zwangsvollstreckung, die nach den §§ 164, 194 gegen den G.Schuldner auf Grund der Feststellung solcher Forderungen zulässig ist, denen der G.Schuldner im Prüfungstermin nicht widersprochen hat, gegen den Nacherben nur dann zulässig, wenn der Prüfungstermin nach Eintritt des Nacherbfolgefalles stattgefunden hat. Das gilt, wenn der Nacherbe einen Zwangsvergleich geschlossen hat, auch für den Vergleichsbürgen, der für die Verpflichtungen des G.Schuldners nur so eintritt, wie sie bestehen. Ein gegen den Vorerben erlangter Schuldtitel der im § 146 Abs. 6 bezeichneten Art hat die dort bezeichnete Wirkung nach Eintritt des Nacherbfolgefalls nur in dem beschränkten Umfange, wie ein gegen den Vorerben ergangenes Urtheil gegen den Nacherben überhaupt wirken kann.

3) Alles, was der Nacherbe aus der Erbschaft erlangt und alle Ansprüche, die der Nacherbe gegen den Vorerben auf Herausgabe oder Ersatz von Nachlaßgegenständen hat, **gehören zur K.Masse**, B.G.B. § 2144. Vgl. Vorbemerkung 14. Die dem Vorerben von dem Erblasser eingeräumte Befugniß, über Nachlaßgegenstände zu verfügen, schließt die Verantwortlichkeit des Vorerben gegen die Gläubiger nicht aus.

Verbleibt dem Vorerben auch nach Eintritt des Nacherbfolgefalles noch etwas von dem Nachlasse (insbesondere Früchte), so gehört auch dies zur K.Masse. Er kann aber nicht mehr die K.Eröffnung beantragen. Den Schutz gegen unbeschränkte Haftung für Nachlaßschulden, den ihm vorher der Antrag auf K.Eröffnung gewährte, kann er nur noch in der durch B.G.B. § 2145 Abs. 3 vorgeschriebenen Anwendung der §§ 1990, 1991 B.G.B. finden.

4) **Auch nach Eintritt des Nacherbfolgefalles bleiben in der Person des Vorerben gewisse Reste** seiner früheren Rechtsstellung. Diese zu wahren, ist die Vorschrift des § 231 bestimmt. Sie findet Anwendung, mag der Nacherbfolgefall vor Eröffnung oder während der Dauer des K.Verfahrens eingetreten sein. Der Vorerbe behält die in den §§ 1978, 1979 B.G.B. bezeichneten Ansprüche, und zwar als Forderungen gegen die Masse (nicht völlig übereinstimmend mit B.G.B. §§ 2124, 2125), und kann unter Umständen (B.G.B. § 2140) auch noch neue Ansprüche der Art erwerben, § 224 Nr. 1; aber wenn mit diesen Ansprüchen ein Zurückbehaltungsrecht nicht verbunden ist, so kann dieses weder durch Erlöschen der Erbeneigenschaft entstehen, noch für nachträglich erworbene Ansprüche des Vorerben zugelassen werden (§ 223). Der Eintritt in die Stelle eines befriedigten Nachlaßgläubigers, § 225 Abs. 2, ist mit der Befriedigung wirksam geworden und muß deshalb bestehen bleiben; er kann auch nach Eintritt des Nacherbfolgefalles praktisch werden, wenn die Forderung dem Vorerben zur Last fällt, und deshalb eine Verpflichtung des Vorerben bestehen bleibt (B.G.B. § 2145 Abs. 1 Satz 2). Die Geltendmachung einer noch nicht berichtigten Nachlaßforderung, § 225 Abs. 3, setzt immer voraus, daß der Erbe für die Forderung haftet. In dieser Haftung kann durch den Eintritt der Nacherbfolge eine Aenderung eintreten; der Vorerbe haftet nach dem Eintritt der Nacherbfolge unbedingt nur noch insoweit, als dasjenige ausreicht, was ihm von der Erb-

Digitized by Google

schaft gebührt, B.G.B. § 2145 Abs. 2 (z. B. Früchte). Darüber hinaus bleibt seine Haftung für solche Verbindlichkeiteu bestehen, die im Verhältniß zum Nacherben ihm zur Last fallen, B.G.B. § 2145 Abs. 1 Satz 2 (z. B. Vermächtnisse, die der Vorerbe nach der Bestimmung des Erblassers allein tragen soll, Zinsen und Lasten aus der Zeit der Vorerbschaft). Im übrigen aber wird der Vorerbe von den Nachlaßschulden insoweit frei, als der Nacherbe haftbar wird (B.G.B. § 2145 Abs. 1 Satz 1), und dieser wird zum Mindesten beschränkt haftbar, sodaß dem Vorerben, der unbeschränkt haftete, nur die weitergehende Haftung bleibt. Ob für diesen Fall noch die Vorschrift des § 225 Abs. 3 paßt, muß bezweifelt werden. Jedenfalls aber erlischt die dort gegebene Befugniß, wenn der Nacherbe für die Forderung unbeschränkt haftet und keiner der anderen Fälle der fortdauernden Haftung des Vorerben vorliegt. Dann kann der Nacherbe von dem gewährten Rechte für sich Gebrauch machen; aber die für den Vorerben etwa bereits zurückbehaltenen Beträge werden frei; vgl. Anm. 3 zu § 225. Haften Vorerbe und Nacherbe aus besonderem Grunde einem Gläubiger unbeschränkt und bleibt diese Haftung des Vorerben bestehen, so können beide, wenn jeder von dem Rechte des § 225 Abs. 3 Gebrauch machen will, dies nur gemeinschaftlich thun.

§ 232.

Hat der Erbe die Erbschaft verkauft, so tritt der Käufer in Ansehung des Verfahrens an seine Stelle.

Der Erbe ist wegen einer Nachlaßverbindlichkeit, die im Verhältnisse zwischen ihm und dem Käufer diesem zur Last fällt, in derselben Weise wie ein Nachlaßgläubiger zum Antrage auf Eröffnung des Verfahrens berechtigt. Das gleiche Recht steht ihm auch wegen einer anderen Nachlaßverbindlichkeit zu, es sei denn, daß er unbeschränkt haftet, oder daß eine Nachlaßverwaltung angeordnet ist. Die Vorschriften des § 223, des § 224 Nr. 1 und des § 225 gelten für den Erben auch nach dem Verkaufe der Erbschaft.

K.O.N.

1. Verpflichtung des Erbschaftskäufers für die Nachlaßverbindlichkeiten.
2. Der Erbschaftskäufer Gemeinschuldner.
3. Antragsrecht des Erben.
4. Konkursmasse.
5. Rechtshandlungen des Erben.
6. Unterbrechung von Rechtsstreitigkeiten.
7. Urtheile gegen den Erben.
8. Fortdauernde Rechte des Erben.
9. Kauf eines Erbtheils.
10. Erbschaftskauf nach Eröffnung des K.Verfahrens.

1) Durch den Abschluß des Kaufvertrags über eine Erbschaft wird der Käufer den Nachlaßgläubigern verpflichtet, B.G.B. § 2382 Abs. 1, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Käufer nach dem Inhalte des Vertrags dem Erben gegenüber zur Befriedigung der Gläubiger verpflichtet ist, B.G.B. §§ 2376, 2378, 2379, und ohne Rücksicht darauf, ob ihm die Nachlaßgegenstände übertragen worden sind. Vorausgesetzt ist, daß der Verkäufer der Erbe ist, B.G.B. § 2371. Vorausgesetzt ist außerdem nur der Abschluß des Vertrags in rechtsverbindlicher Form, d. h. durch gerichtliche oder notarielle Beurkundung, B.G.B. § 2371. Alle Vorschriften über die Theilnahme des Käufers an dem Nachlaßkonkurse gelten hiernach schon nach dem Abschluß des obligatorischen Vertrags. In den Bestimmungen des § 233 tritt dies noch deutlicher hervor, da dort ausdrücklich die Verpflichtung zur Veräußerung als entscheidend bezeichnet ist. Als Inhalt des Vertrags wird vorausgesetzt, daß der Erbe verpflichtet wird, dem Käufer die gesammte Erbschaft, d. h. alle zum Nachlaß gehörenden Gegenstände zu übertragen. Der Vorbehalt einzelner Gegenstände ist nicht ausgeschlossen. Ob durch einen solchen Vorbehalt die Annahme, daß die Erbschaft verkauft sei, ausgeschlossen wird, ist eine nach dem Umfange des Vorbehalts und der Absicht der Vertragschließenden zu beantwortende Thatfrage.

2) Der Käufer einer Erbschaft tritt in Ansehung des Verfahrens an die Stelle des verkaufenden Erben. Damit ist entschieden, daß der Käufer im Verfahren die Stelle

Digitized by Google

des G.Schuldners einnimmt, der Erbe aber als solcher an dem Verfahren nicht theilnimmt, die Eröffnung eines Verfahrens, in dem der Erbe G.Schuldner wäre, ausgeschlossen ist. Das Verfahren ist außer von den Gläubigern und abgesehen von dem aus deren Person abgeleiteten Rechte des Erben (Anm. 3) nur von dem Käufer zu beantragen. Nur dieser hat alle Pflichten des G.Schuldners in Ansehung der Klarstellung der Masse, bei der Prüfung der angemeldeten Forderungen das Recht des Widerspruchs; nur er kann einen Zwangsvergleich schließen und Einstellung des Verfahrens beantragen. Bei dem Abschluß eines Zwangsvergleichs kommt es, da der Vergleich nur die Verpflichtungen des Käufers betrifft, für die Anwendung der §§ 175, 183, 187 nur auf die Person des Käufers an. Es ist ferner nicht zu bezweifeln, daß bei der Beschränkung des Antrags auf K Eröffnung, die im § 219 Abs. 1 bestimmt ist, lediglich die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Käufers in Betracht kommt. Die Einstellung des Käufers als G.Schuldners ist jedoch nur eine Maßregel der Zweckmäßigkeit, darauf beruhend, daß der Käufer für alle Nachlaßverbindlichkeiten haftet und der Nachlaß wenigstens regelmäßig nicht mehr bei dem Erben sondern bei dem Erbschaftskäufer zu finden ist, Begr. K.O.N. S. 54; vgl. Anm. 3. Damit die Nachlaßgläubiger im Falle des Verkaufs der Erbschaft einigermaßen dagegen gesichert sind, in der Person des G.Schuldners fehl zu greifen, ist der verkaufende Erbe zur Anzeige des Verkaufs an das Nachlaßgericht derart verpflichtet, daß er den Gläubigern für den aus der Unterlassung entstehenden Schaden haftet, B.G.B. § 2384.

3) **Die Rechte des Erben neben der formalen Stellung des Erbschaftskäufers** werden durch die Vorschriften des Abs. 2 gewahrt. Diese erhalten im Satz 1, 2 dem Erben in gewissem Umfange das Recht, die K.Eröffnung zu beantragen, und damit die Möglichkeit, sich durch Benutzung dieses Rechtes die Beschränkung der Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten zu sichern. Der Erbe würde sonst, da er nicht mehr G.Schuldner im Nachlaßkonkurse sein soll, von dieser Möglichkeit ausgeschlossen sein, sofern er nicht etwa zufällig Nachlaßgläubiger wäre. Er soll wegen einer Nachlaßverbindlichkeit wie ein Nachlaßgläubiger berechtigt sein, die Eröffnung des Verfahrens zu beantragen, insbesondere also auch mit der zeitlichen Beschränkung des § 220. Die Nachlaßgläubiger sind jedoch zum Theil zu dem Antrage nur unter der Voraussetzung berechtigt, daß über das Vermögen des Erben (im vorliegenden Falle über das Vermögen des Erbschaftskäufers) der Konkurs eröffnet ist, § 219. Es giebt also bezüglich der Antragsberechtigung zwei Klassen von Nachlaßgläubigern und es fragt sich, welche gemeint ist. Nach der Begründung der K.O.N. S. 55 war es die Absicht, dem Erben das Recht zu dem Antrage ohne die erwähnte Voraussetzung zu geben und bei der Kommissionsberathung des Reichstags wurde ein Antrag, ihm nur das Recht des Gläubigers zu geben, wegen dessen Forderung er die Eröffnung des Verfahrens beantragen will, abgelehnt (Komm.Ber. S. 47 ff.). Aber damit ist die Frage nicht entschieden; denn das Gesetz sagt nichts darüber, der Wortlaut spricht vielmehr für die in der Kommission abgelehnte Auffassung. Der Erbe kann nur wegen einer Verbindlichkeit den Antrag stellen; er muß auch diese Verbindlichkeit ebenso wie die Ueberschuldung des Nachlasses glaubhaft machen. Es handelt sich also immer um eine bestimmte Verbindlichkeit als Grundlage des Antrags. Diese muß daher auch geeignet sein, den Antrag, wenn er von dem Gläubiger selbst gestellt würde, zu rechtfertigen. (Uebereinstimmend Jäger Anm. 11, Seuffert § 20 Anm. 9, Petersen-Kleinfeller Anm. 2.) Im Uebrigen sind die Voraussetzungen für das Antragsrecht des Erben verschieden, je nachdem, daß die Nachlaßverbindlichkeit, wegen deren der Antrag gestellt werden soll, im Verhältnis zwischen den Erben und dem Käufer diesem oder dem Erben zur Last fällt. Dem Erben fallen zur Last die Verpflichtungen aus Vermächtnissen, Auflagen und Pflichttheilsrechten (B.G.B. §§ 2376, 2378, Ausgleichungspflichten und Theilungsanordnungen kommen als Nachlaßschulden nicht in Betracht) sowie die auf die Zeit vor dem Verkaufe fallenden Lasten mit Einschluß der Zinsen der Nachlaßverbindlichkeiten (B.G.B. § 2379); doch kann durch den Vertrag etwas Anderes bestimmt, namentlich auch die Befreiung des Käufers von noch anderen Verbindlichkeiten dem Erben gegenüber vereinbart werden. Wegen einer solchen dem Erben zur Last fallenden Verbindlichkeit kann

Digitized by Google

der Erbe das K.Verfahren nicht beantragen, wenn er für sie unbeschränkt haftet oder eine Nachlaßverwaltung angeordnet ist. Insoweit hat er kein Recht oder kein Bedürfniß, eine Beschränkung seiner Haftung durch den Konkurs zu wahren. Wegen aller übrigen Verbindlichkeiten steht ihm der Antrag auf K.Eröffnung ohne die angegebene Beschränkung zu, immer aber unter der Voraussetzung, daß die Verbindlichkeit, wegen deren der Antrag gestellt wird, nach § 219 Abs. 1 zu dem Antrage berechtigt.

4) **Die K.Masse wird immer durch den Nachlaß gebildet**, mag er sich in den Händen des Käufers oder des Erben befinden. Wollte man annehmen, daß die Masse nur durch das gebildet werde, was der Käufer, der G.Schuldner ist, davon in seinem Vermögen hat, so würde, soweit nicht bereits alle Nachlaßgegenstände auf den Käufer übertragen sind, an die Stelle des Nachlasses der Anspruch auf Uebereignung der Nachlaßgegenstände treten. Im Konkurse über das Vermögen des Erben würde dieser Anspruch nur als K.Forderung geltend gemacht werden können. Damit aber wäre der eine Zweck des Nachlaßkonkurses, die abgesonderte Befriedigung der Nachlaßgläubiger aus dem Nachlasse, vereitelt, vgl. Planck Anm. 2d zu B.G.B. § 2383. Übereinstimmend Jäger Anm. 16. A. M. Strohal, Erbrecht S. 584. Die Masse aber andererseits nur aus dem zu bilden, was von dem Nachlaß oder als Ersatz für Nachlaßgegenstände bei dem Erben ist, ist gerade das, was durch die Vorschrift des Abs. 1 vermieden werden soll. Vgl. Prot. 2. Les. B.G.B. 5, 766, 767. Zu der Masse gehören außerdem die Ansprüche der Gläubiger aus der von dem Erben oder von dem Käufer geführten Verwaltung. Dabei kann der Erbe unter Umständen auch gerade dafür verantwortlich gemacht werden, daß er die Nachlaßgegenstände an den Käufer veräußert hat, und wenn dann beide, Käufer und Erbe, für denselben Schaden haften, so kann selbstverständlich nur einmal Ersatz gefordert werden. Vgl. Prot. 2. Les. B.G.B. 5, 827, 828. Haftet der Käufer für die Nachlaßverbindlichkeiten nur beschränkt, so gehören auch seine Ansprüche aus dem Kauf zur Erbschaft, B.G.B. § 2383 Abs. 1 Satz 3. Dies ist, obgleich die Gegenstände des Nachlasses, die der Erbe dem Käufer herauszugeben hat, ohnehin zur K.Masse gehören, insofern von praktischer Bedeutung, als Ansprüche der Gläubiger aus der Verwaltung des Erben. die ebenfalls ohnehin zur K. Masse gehören, nur gegen den beschränkt haftenden Erben bestehen, ferner insoweit, als der Erbe dem Käufer das herauszugeben verpflichtet ist, was er auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechts oder durch ein Rechtsgeschäft erlangt hat, das sich auf die Erbschaft bezog, B.G.B. § 2374, und insoweit, als dem Erben im Verhältniß zum Käufer gewisse Nachlaßverbindlichkeiten zur Last fallen oder der Erbe durch den Kaufvertrag Verpflichtungen übernommen hat, die über die Haftung des Erben für Nachlaßverbindlichkeiten hinausgehen. Man kann aber wohl fragen, ob wirklich der über diese Verbindlichkeiten hinausgehende Anspruch, der dem Käufer aus dem Vorhandensein eines Nacherben oder eines Testamentsvollstreckers oder aus der Garantie für gewisse Gegenstände oder deren Beschaffenheit zusteht, mit zur Masse gehören soll. Der Anspruch der Gläubiger auf Befriedigung würde dadurch ohne Grund verbessert werden zum Schaden des Käufers, der mit Rücksicht auf die Gewährleistungspflicht den Kaufpreis bemessen hat. Ebenso steht es mit dem Anspruch des Käufers aus der bereits eingetretenen unbeschränkten Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten, wenigstens insoweit, als diese Haftung nicht eine allgemeine geworden ist; was dem einzelnen Gläubiger zu Gute kommen sollte, würde allen zu Gute kommen; die Geschädigten aber wären der Erbe und der Erbschaftskäufer, die ihre unbeschränkte Haftung trotz der Hergabe und der Erfüllung des Gewährleistungsanspruchs in einem nur wenig geminderten Umfange behalten würden. — Wann der Käufer nur beschränkt haftet, ergiebt sich daraus, daß er unbeschränkt nur haftet, soweit der Erbe bereits zur Zeit des Verkaufs unbeschränkt haftete, und wenn auf die ihm, dem Käufer, gestellte Frist weder von ihm noch von dem Erben das Nachlaßverzeichniß errichtet wird, oder einem einzelnen Nachlaßgläubiger, wenn er diesem gegenüber das Recht der beschränkten Haftung verloren hat, B.G.B. § 2383.

5) Bildet der Nachlaß die K.Masse auch dann, wenn der Käufer als G.Schuldner ihn nicht hat, so ergiebt sich daraus weiter, daß die **Beschränkung der Befugniß des G.**

Digitized by Google

Schuldners, das zur K.Masse gehörige Vermögen zu verwalten und darüber zu verfügen, §§ 7, 8, 9, **den Erben**, der den Nachlaß noch hat, ebenso trifft, wie den Käufer, und daß **Rechtshandlungen des Erben**, die sich auf den Nachlaß beziehen, wenn sie auch nach dem Verkauf vorgenommen worden sind, in gleicher Weise der **Konkursanfechtung unterliegen**, wie die Rechtshandlungen des Käufers. Uebereinstimmend Planck Anm. 2d zu B.G.B. § 2383. Jäger Anm. 16. A. M. Strohal, Erbrecht S. 584.

6) **Rechtsstreitigkeiten** über einen zum Nachlaß gehörigen Gegenstand, die zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens für den Erben oder mit einem der im § 11 bezeichneten Gegenstände gegen den Erben anhängig sind, werden durch die Eröffnung des Nachlaßkonkurses gemäß C.P.O. § 240 auch im Falle des Verkaufs der Erbschaft unterbrochen und gemäß §§ 10, 11 von dem K.Verwalter oder gegen ihn aufgenommen. Rechtsstreitigkeiten über Nachlaßverbindlichkeiten, die gegen den Erben anhängig sind, werden gemäß C.P.O. § 240 gleichfalls unterbrochen und können gegen den Erben nur fortgesetzt werden, soweit er mit unbeschränkter Haftung in Anspruch genommen werden soll. Es folgt dies daraus, daß die Verfügungsbefugniß des Erben ausgeschlossen ist, § 7, und daß die K. Gläubiger (Nachlaßgläubiger) ihre Forderungen auf Sicherstellung oder Befriedigung aus der K.Masse (dem Nachlaß) nur nach Maßgabe der Vorschriften über das K.Verfahren verfolgen können, § 12.

7) **Ein gegen den Erben**, wenn auch vor dem Verkauf **erlassenes Urtheil** wirkt gegen den Käufer und die K.Masse nur insoweit, als es gegen Dritte überhaupt wirken kann, also im Falle des Erwerbes des Besitzes der in Streit befangenen Sache gemäß C.P.O. § 325. Denn der Erbschaftskäufer ist für die Nachlaßverbindlichkeiten nicht Rechtsnachfolger des Erben; er ist nicht an Stelle des Erben in dessen Verbindlichkeiten eingetreten, haftet vielmehr den Gläubigern nur neben dem Erben als Gesammtschuldner. Urtheile über Ansprüche der Nachlaßgläubiger, die gegen den Erben erlangt sind, haben gegenüber der K.Masse ebensowenig Wirkung, wie die Feststellungen angemeldeter Forderungen gegen den Erben wirksam sein können. Soweit einer der im § 146 Abs. 6 bezeichneten Schuldtitel nur gegen den Erben gerichtet ist, kommt er für die Anwendung der dort gegebenen Vorschrift nicht in Betracht.

8) Die im Abs. 2 Satz 3 vorgeschriebene **Geltung des § 223, des § 224 Nr. 1 und des § 225** sichert für den Erben nach dem Verkauf der Erbschaft die gleichen Vortheile seiner Stellung wie die entsprechende Vorschrift des § 231 dem Vorerben nach dem Eintritt der Nacherbfolge. Der Unterschied ist nur der, daß der Erbe nach dem Verkaufe der Erbschaft immer noch Erbe ist und deshalb die angezogenen Vorschriften ihrem Wortlaute nach von selbst Anwendung finden konnten. Hier aber mußte, wenn die Vorschriften überhaupt Erwähnung fanden, auch § 225 Abs. 1 gemäß B.G.B. § 2377 miterwähnt werden, der im Falle der Nacherbschaft dem Inhalte nach für den Vorerben deshalb gilt, weil dieser nicht mehr Erbe ist, während die übrigen Vorschriften für den Vorerben gelten sollen, obgleich er nicht mehr Erbe ist.

9) Der **Erbschaftskauf kann** auch **den Erbtheil** eines von mehreren Miterben **zum Gegenstande** haben, B.G.B. § 2373. Die Verpflichtung des Käufers für die Nachlaßverbindlichkeiten tritt hier in gleicher Weise ein wie bei dem Kauf der ganzen Erbschaft. Ein Unterschied besteht nur in dem Gegenstande der Verpflichtung des Verkäufers, der nicht bestimmte Nachlaßgegenstände übertragen kann, so lange er selbst noch keinen Antheil an den einzelnen Gegenständen hat. Die Uebertragung ist aber für die Haftung des Käufers ohne Bedeutung, Anm. 1. Danach gilt für den Fall des Kaufes eines Erbtheiles Alles, was für den Erbschaftskauf gilt, mit den Abweichungen, die sich daraus ergeben, daß der Käufer nur einer von mehreren G.Schuldnern und der Verkäufer nur einer von mehreren Erben ist. Sind die mehreren G.Schuldner im Falle eines Rechtsstreits in nothwendiger Streitgenossenschaft und fehlt ein vollstreckbarer Titel gegen einen der Streitgenossen (Anm. 7), so fehlt er für Alle.

10) **Ein Erbschaftskauf** kann auch **nach Eröffnung des K.Verfahrens über** den Nachlaß vorkommen. Vermuthlich wird er so niemals vorkommen. Von der Zeit des

Digitized by Google

Vertragsschlusses an kommen die erörterten Grundsätze zur Anwendung. Dem Käufer kann insbesondere nicht entgegengehalten werden, daß der Verkäufer bei der Prüfung einer angemeldeten Forderung nicht widersprochen hat.

§ 233.

Die Vorschriften des § 232 finden entsprechende Anwendung, wenn Jemand eine durch Vertrag erworbene Erbschaft verkauft, oder sich zur Veräußerung einer ihm angefallenen oder anderweit von ihm erworbenen Erbschaft in sonstiger Weise verpflichtet hat.

K.O.N.

1. Ausdehnung der Vorschriften über den Erbschaftskauf.
2. Die anderweit erworbene Erbschaft.
3. Schenkung der Erbschaft.

1) Die Vorschrift ergänzt die Bestimmung des B.G.B. § 2385, nach der die Vorschriften des B.G.B. über den Erbschaftskauf in gleichem Umfange auch auf andere Verträge über die Veräußerung einer angefallenen Erbschaft und auf alle Verträge über die Veräußerung einer anderweit erworbenen Erbschaft entsprechende Anwendung finden. Gemeint sind nicht bloß Tauschverträge, auf die schon nach B.G.B. § 515 die Vorschriften über den Kauf Anwendung finden, und die im B.G.B. § 2385 Abs. 2 besonders erwähnten Schenkungen, sondern Verträge jeder Art, in denen als Leistung eines der Vertragschließenden die Uebertragung der Erbschaft im Sinne des Erbschaftskaufes bestimmt ist. Das „Entsprechende" der Anwendung liegt, abgesehen von der besonderen Bestimmung B.G.B. § 2385 Abs. 2 für Schenkungen, nur darin, daß der Erwerber nicht als Käufer sondern je nach der sonstigen Natur des Vertrages in anderer Weise zu bezeichnen ist. Im Falle des Weiterverkaufs tritt der Verkäufer in die gleiche Stelle, die nach § 232 dem Erben zukommt, ohne daß dieser sie verliert.

2) Unter der „anderweit erworbenen Erbschaft" ist aber nicht eine solche zu verstehen, deren Gegenstände dem Vertragschließenden bereits übertragen sind. Es kommt vielmehr ebenso, wie bei dem Erbschaftskauf für den „Erwerber" nur der Abschluß des obligatorischen Vertrages in Frage kommt (Anm. 1 zu § 232), nur darauf an, daß der Vertragschließende mit dem Erben oder dem, an den der Erbe die Erbschaft zu veräußern sich verpflichtet hat, den auf die Veräußerung gerichteten obligatorischen Vertrag abgeschlossen hat.

3) Bei der Schenkung einer Erbschaft tritt zu dem für die Schenkung gegebenen Erforderniß der notariellen oder gerichtlichen Beurkundung, B.G.B. § 518, das gleiche für den Erbschaftskauf gegebene, B.G.B. § 2371, hinzu. In Folge dessen genügt die für die Schenkung zugelassene Ersetzung dieser Form durch die Bewirkung der versprochenen Leistung, B.G.B. § 518 Abs. 2, bei der Schenkung einer Erbschaft nicht. Es mag die auf Grund einer formlosen Schenkungsabrede erfolgte Uebertragung aller Nachlaßgegenstände oder eines Erbtheils wirksam sein. Ein dem Erbschaftskauf in den Wirkungen gegenüber den Nachlaßgläubigern gleichstehender Vertrag kommt durch solche Uebertragung nicht zu Stande. Ebensowenig genügt die für die Schenkung allein erforderliche gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Versprechens; vielmehr bedarf der ganze Vertrag der bezeichneten Beurkundung, wenn der Beschenkte der G.Schuldner im Nachlaßkonkurse werden soll. (Vgl. theilweise abweichend Planck B.G.B. § 2385 Anm. 2a.)

Der im Falle der Schenkung nach B.G.B. § 2385 Abs. 2 eintretende Wegfall der Gewährleistung wegen eines Mangels im Rechte findet seine Erläuterung durch den angezogenen § 2376. Danach fällt dem Schenker in Ermangelung besonderer Abreden im Verhältniß zu dem Beschenkten keine Nachlaßverbindlichkeit zur Last. Das Recht des Beschenkten, die Eröffnung des Verfahrens zu beantragen, ist also immer nur nach der Vorschrift des § 232 Abs. 2 Satz 1 zu begründen.

Digitized by Google

§ 234.

In dem Konkursverfahren über das Vermögen des Erben finden, wenn auch über den Nachlaß das Konkursverfahren eröffnet, oder wenn eine Nachlaßverwaltung angeordnet ist, auf Nachlaßgläubiger, denen gegenüber der Erbe unbeschränkt haftet, die Vorschriften der §§ 64, 96, 153, 155, 156, des § 168 Nr. 3 und des § 169 entsprechende Anwendung.

Das Gleiche gilt, wenn eine Ehefrau die Erbin ist und der Nachlaß zum Gesammtgute gehört, auch in dem Konkursverfahren über das Vermögen des Ehemannes.

K.O.N.

1. Nachlaßgläubiger im Konkurse über das Vermögen des Erben als Absonderungsberechtigte.
2. Wirkung bei den Vertheilungen.
3. Keine Uebertragung der Rechte im Nachlaßkonkurse.
4. Versagung und Einstellung des Nachlaßkonkurses und der Nachlaßverwaltung.
5. Mehrere Erben.
6. Einfluß der Gütergemeinschaft der erbenden Ehefrau.

1) **Nachlaßgläubiger, denen der Erbe unbeschränkt haftet, können** zwar, wenn über den Nachlaß das Konkursverfahren eröffnet oder die Nachlaßverwaltung angeordnet ist, ihre Forderungen neben der Theilnahme an dem erwähnten Verfahren gegen den Erben selbständig geltend machen und deshalb auch an einem **Konkurse über das Vermögen des Erben** Theil nehmen. Sie sollen aber in diesem Konkurse, das ist die Bedeutung des § 234 Abs. 1, **nur die Rechte solcher Gläubiger haben, welchen ein Recht auf abgesonderte Befriedigung** aus einem Gegenstande der Konkursmasse **zusteht,** und zwar der Art, daß die Masse des Nachlaßkonkurses als Gegenstand der abgesonderten Befriedigung gilt. Sie nehmen danach an dem Konkurse mit ihren Forderungen nur in Höhe des Betrages Theil, mit denen sie in dem Nachlaßkonkurse ausfallen, oder zu dem sie auf Befriedigung aus dem Nachlaßkonkurse verzichten (§ 64). Daß dann in Ermangelung eines Verzichts ihr Stimmrecht nur nach Maßgabe des zu erwartenden Ausfalles bestimmt wird (§ 96), ist eine Folge davon. Ihre Berücksichtigung bei Vertheilungen und die Zurückbehaltung der zur Hebung gelangenden Beträge findet in Uebereinstimmung mit den für Gläubiger mit Absonderungsrecht gegebenen Vorschriften statt (§§ 153, 155, 156, § 168 Abs. 3); nur ist bei Abschlagsvertheilungen der nach § 153 Abs. 2 erforderliche Nachweis, daß die Veräußerung des Gegenstandes der abgesonderten Befriedigung betrieben wird, nicht weiter erforderlich. Abweichend von den für den ähnlichen Fall des Konkurses über das Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft und das Vermögen eines Gesellschafters gegebenen Vorschriften (§ 212), werden die Forderungen, wegen deren auf die abgesonderte Befriedigung nicht verzichtet ist, bei der Schlußvertheilung nicht berücksichtigt, wenn nicht bis zum Abschluß der Ausschlußfrist der Ausfall festgestellt ist. Der Zwangsvergleich im Nachlaßkonkurse enthält einen Theilverzicht. Jeder andere Verzicht muß dem Verwalter des Nachlaßkonkurses gegenüber erklärt und dies dem Verwalter des Erbenkonkurses nachgewiesen werden. Von dem mitangezogenen § 169 findet nur die für Forderungen mit Absonderungsrecht nicht eigenthümliche Vorschrift Anwendung, daß die bei der Schlußvertheilung nicht abgehobenen Beträge zu hinterlegen sind; zurückzubehaltende Beträge, die gleichfalls hinterlegt werden sollen, giebt es für die Forderungen mit Absonderungsrecht bei der Schlußvertheilung nicht mehr.

2) Wird erst nach der Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Erben der Nachlaßkonkurs eröffnet oder die Nachlaßverwaltung angeordnet, so wird die **Beschränkung der Gläubiger für alle Vertheilungen wirksam, die noch nicht ausgeführt worden sind.** Denn die Zurückbehaltung, die wegen des Nachlaßkonkurses und der Nachlaßverwaltung stattfinden soll, ist nicht Gegenstand der Feststellung der angemeldeten Forderung und, wenn es zur Auszahlung der Hebung kommt, ist auch bereits das Recht auf Geltendmachung zur Konkursmasse eingeschränkt. Was in dem Konkurse über das Vermögen des Erben bereits ausgezahlt ist, mindert die Forderung auch für den Nachlaßkonkurs und den Betrag des in diesem zu erleidenden Ausfalles. Uebrigens ist als

Digitized by Google

Regel zu erwarten, daß der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Erben die Eröffnung des Nachlaßkonkurses oder die Anordnung der Nachlaßverwaltung alsbald nachfolgen wird.

3) **Die Vorschriften des § 234 geben für den Konkurs über das Vermögen des Erben nur Beschränkungen.** Sie haben nicht die Bedeutung, daß Nachlaßforderungen, für die der Erbe unbeschränkt haftet, in dessen Konkurs geltend gemacht werden können, obgleich sie nach den allgemeinen Vorschriften in diesem Konkurse nicht geltend gemacht werden können. Ueber die Theilnahme an dem Erbenkonkurse entscheidet nicht die Vorschrift des § 226 Abs. 1, sondern die Vorschriften des § 63. Ebenso gelten für den Erbenkonkurs die Vorschriften des § 226 Abs. 2—4 über das Zurücktreten gewisser Forderungen gegen andere nicht bevorrechtete Forderungen auch insoweit nicht, als die nach diesen Vorschriften zurücktretenden Forderungen im Konkurse über das Vermögen des Erben überhaupt nicht in Frage kommen können. Verbindlichkeiten, die aus der Person des Erblassers herrühren (§ 226 Abs. 2 Ziff. 2, 3, 5), kommen in dem Konkurse über das Vermögen des unbeschränkt haftenden Erben nicht nach diesem Ursprunge, sondern lediglich als Verbindlichkeiten des Erben in Betracht. Verbindlichkeiten aus einer Freigebigkeit des Erblassers oder aus den vom Erblasser angeordneten Vermächtnissen und Auflagen sind auch nicht Verbindlichkeiten aus einer Freigebigkeit des G.Schuldners im Sinne des § 63 Ziff. 4. Nachlaßverbindlichkeiten, für die der Erbe unbeschränkt haftet, können auch nicht dem Ausschluß unterliegen (B.G.B. § 2013). Im Konkurse über das Vermögen des Erben haben alle nicht bevorrechteten Forderungen gleichen Rang. An diesem Konkurse können auch die Nachlaßverbindlichkeiten nur Theil nehmen, wenn sie zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens bereits Verbindlichkeiten des G.Schuldners geworden sind, also der Erbfall, Nacherbfolgefall, Verkauf der Erbschaft vorher eingetreten ist. Ist die Annahme der angefallenen Erbschaft auch erst während des Konkurses erfolgt, worüber der G.Schuldner zu verfügen hat, § 9, so wird der Erwerb der Erbschaft doch auf den Anfall zurückbezogen (B.G.B. § 1922, § 1953 Abs. 2, § 2139).

4) **Wird wegen Mangels einer zureichenden Masse der Nachlaßkonkurs nicht eröffnet und die Nachlaßverwaltung nicht angeordnet,** oder das Verfahren eingestellt oder aufgehoben (§ 107 Abs. 1, § 204, B.G.B. § 1982, § 1988 Abs. 2), so ist die Voraussetzung für die Vorschriften des § 234 nicht gegeben. Nachlaßgläubiger, denen der Erbe unbeschränkt haftet, nehmen dann an dem Konkurse über das Vermögen des Erben ohne Beschränkung Theil. Dasselbe gilt, wenn das K.Verfahren mit Zustimmung der Gläubiger eingestellt worden ist (§ 202). In diesen Fällen verbleibt der Nachlaß in der Masse des Erbenkonkurses. Die Nachlaßgläubiger haben kein Absonderungsrecht. Auch die Vorschriften des § 224 über die Masseschulden im Nachlaßkonkurse kommen nicht zur Anwendung.

Wohl aber können die Nachlaßgläubiger, denen der Erbe nur mit dem Nachlasse haftet, nach den Vorschriften des B.G.B. §§ 1990, 1991, 2013 verlangen, daß ihnen der Nachlaß zum Zwecke ihrer Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung herausgegeben wird, und zwar, soweit es sich um den Nachlaß selbst handelt (B.G.B. § 1990), mit dem Rechte der Aussonderung, da nicht angenommen werden kann, daß sie ihre Rechte durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Erben verlieren sollen. Vgl. Jäger Anm. 5.

5) Sind **mehrere Erben** vorhanden, so gelten die Vorschriften des § 234 für jeden von ihnen besonders, soweit über sein Vermögen das K.Verfahren eröffnet ist, ebenso, wie für jeden die Frage der unbeschränkten Haftung besonders zu entscheiden ist.

6) **Ist eine Ehefrau Erbe,** so finden die Vorschriften des § 234 Abs. 1 in dem über ihr Vermögen eröffneten Konkurse selbstverständlich Anwendung. **Gehört aber die Erbschaft** oder ein Erbtheil in Folge der allgemeinen Gütergemeinschaft oder der Fahrnißgemeinschaft **zu dem Gesammtgute,** so soll wegen der eintretenden Verpflichtung des Ehemannes für die Nachlaßverbindlichkeiten das Zusammentreffen des Nachlaßkonkurses oder der Nachlaßverwaltung mit dem Konkurse über das Vermögen des Ehemannes, zu

Digitized by Google

dessen Masse auch das Gesammtgut der Gütergemeinschaft gehört, § 2, für diesen Konkurs ebenso wirken, als wäre der Ehemann der Erbe. Bei der Fahrnißgemeinschaft gehört zwar die Erbschaft zu dem Gesammtgute nur insoweit, als die einzelnen Gegenstände des Nachlasses der Fahrnißgemeinschaft unterliegen; aber, wenn solche Gegenstände in das Gesammtgut gelangen, so ist der Ehemann für alle Nachlaßverbindlichkeiten haftbar, so daß eine Trennung der Verbindlichkeiten nach Verhältniß der zum Gesammtgute und zum eingebrachten Gute gelangenden Gegenstände nur für das Verhältniß der Ehegatten zu einander stattfindet (B.G.B. §§ 1549, 1566). Vgl. Planck, Vorbem. 4 B.G.B. § 1549. Zu beachten ist nur, daß die Haftung des Ehemanns für solche Verbindlichkeiten, die im Verhältnisse des Ehegatten zu einander der Ehefrau zur Last fallen, mit der Beendigung der Fahrnißgemeinschaft erlischt (B.G.B. §§ 1459, 1549). Zu dem Gesammtgute der Errungenschaftsgemeinschaft gehört eine der Ehefrau angefallene Erbschaft nicht (B.G.B. § 1521).

§ 235.

Ueber einen Erbtheil findet ein Konkursverfahren nicht statt.

K.O.N.

1. Haftung der Miterben vor der Theilung.
2. Haftung nach der Theilung.
3. Haftung gegenüber ausgeschlossenen Gläubigern.

1) Im Falle der Erbenmehrheit ist der Nachlaß gemeinschaftliches Vermögen der Miterben zur gesammten Hand; eine Verfügung über einzelne Nachlaßgegenstände oder seinen Antheil daran ist dem einzelnen Miterben **vor der Auseinandersetzung** nicht gestattet (B.G.B. § 2032 Abs. 1, § 2033 Abs. 2). Eine Zwangsvollstreckung ist nur in den Antheil des Miterben, den er am Nachlaß hat, zulässig, BGB. § 2033 Abs. 1, C.P.O. § 859 Abs. 2. Ein Konkurs über einen Erbtheil würde deshalb vor der Auseinandersetzung als K.Masse nur den Antheil des Miterben am Nachlasse vorfinden; die Auseinandersetzung hätte erst auf Betreiben des K.Verwalters außerhalb des K.Verfahrens zu erfolgen (§ 16); bei der Auseinandersetzung würden nach B.G.B. § 2046 zunächst alle Nachlaßverbindlichkeiten, das heißt alle K.Forderungen zu berichtigen sein. Damit würde entweder die Tilgung aller Verbindlichkeiten herbeigeführt, und die Voraussetzung für den Konkurs überhaupt als nicht vorhanden erwiesen; oder es würde sich Unzulänglichkeit des Nachlasses herausstellen, die alle Erben zum Antrage auf K.Eröffnung verpflichtet, B.G.B. § 1980, und die die Gläubiger zum Antrage auf Eröffnung des Gesammtnachlaßkonkurses veranlassen muß, weil nur in diesem, nicht aber bei der Auseinandersetzung die konkursmäßige Befriedigung aller Gläubiger gesichert ist.

2) **Nach der Theilung des Nachlasses** kann jeder der Miterben, die grundsätzlich als Gesammtschuldner haften (B.G.B. § 2058), von den Gläubigern, die nicht vom B.G.B. §§ 2060, 2061 betroffen werden (Anm. 3), mit dem, was er aus dem Nachlasse empfangen hat, wegen aller Nachlaßverbindlichkeiten in voller Höhe in Anspruch genommen werden. Es wäre also ein Konkurs denkbar. Indeß lasten alle Nachlaßverbindlichkeiten auf dem Gesammtnachlasse (B.G.B. § 2058) und eine K.Eröffnung ist deshalb nur denkbar, wenn die Voraussetzung des Konkurses, die Überschuldung, für den ganzen Nachlaß nachgewiesen ist. Damit ist die Befriedigung der Gläubiger aus einem Erbtheil ausgeschlossen und es würde sich bei Zulässigkeit des Konkurses über einen solchen der eine Nachlaßkonkurs in mehrere Einzelkonkurse über die einzelnen Erbtheile auflösen, dieser Erfolg sich auch sofort durch den Antrag eines der Miterben auf Eröffnung des Gesammtkonkurses vereiteln lassen. Es ist deshalb auch nach der Theilung durch § 235 der K. über einen Erbtheil ausgeschlossen.

3) Eine Theilung der Nachlaßverbindlichkeiten, die den einzelnen Erbtheilen entspricht, tritt auch nach der Theilung des Nachlasses nur in den Fällen des §§ 2060, 2061 B.G.B. ein, **wenn die Gläubiger** durch Aufgebotsverfahren oder durch Nichtanmeldung auf öffentliche Aufforderung **ausgeschlossen** sind, oder solchen Gläubigern gleichstehen, ohne daß ihre Forderungen den Erben vor dem Fristablaufe, § 2060 Nr. 2, oder vor der

Digitized by Google

Theilung, § 2061, bekannt geworden wären. Hier läge also der Fall vor, der im gemeinen Rechte den Konkurs über einen Erbtheil zulässig machte, wo die Nachlaßverbindlichkeiten der Theilung des Nachlasses entsprechend getheilt waren. Allein die im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Gläubiger und die ihnen gleichstehenden haben auf einen Nachlaßkonkurs nur ein gemäß § 219 beschränktes Recht (Anm. 1 zu § 219, B.G.B. §§ 1973, 1974), und es blieben somit nur die nach B.G.B. § 2061 ohne förmliches Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Gläubiger übrig. Diesen Gläubigern gegenüber ist der Miterbe durch § 235 geschützt. Dafür ist auch nach der Theilung der Konkurs über den Gesammtnachlaß gegeben, § 216 Abs. 2.

§ 236.

Die Vorschriften der §§ 214—234 finden im Falle der fortgesetzten Gütergemeinschaft auf das Konkursverfahren über das Gesammtgut entsprechende Anwendung. Konkursgläubiger sind nur die Gesammtgutsgläubiger, deren Forderungen schon zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft bestanden. Zu dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens ist ein Gläubiger nicht berechtigt, dem gegenüber der überlebende Ehegatte zu dieser Zeit persönlich haftete. Die antheilsberechtigten Abkömmlinge sind zu dem Antrage nicht berechtigt; das Gericht hat sie, soweit thunlich, zu hören.

K.O.N.

1. Fortgesetzte Gütergemeinschaft.
2. Entsprechende Anwendung der Vorschriften über den Nachlaßkonkurs.
3. Ablehnung der fortgesetzten Gütergemeinschaft.
4. Gemeinschuldner.
5. Konkursmasse.
6. Konkursgläubiger.
7. Haftung des überlebenden Ehegatten.

1) Die **Fortsetzung der Gütergemeinschaft tritt ein,** wenn in einer Ehe die allgemeine Gütergemeinschaft bestanden hat, sofern sie nicht durch Ehevertrag oder unter bestimmten Voraussetzungen durch letztwillige Verfügung ausgeschlossen ist, B.G.B. §§ 1483, 1508, 1509; ebenso wenn sie im Falle bestehender Fahrnißgemeinschaft durch Ehevertrag angeordnet ist, B.G.B. § 1557. Sie steht überall unter der Voraussetzung, daß die Ehe durch den Tod eines der Ehegatten aufgelöst wird, und daß ein gemeinschaftlicher Abkömmling der Ehegatten vorhanden ist, mit dem der überlebende Ehegatte die Gütergemeinschaft fortsetzen kann.

2) **Die entsprechende Anwendung der Vorschriften der §§ 214—234** hat die Bedeutung, daß für den K. über das Gesammtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft dieses an die Stelle des Nachlasses, der Eintritt der Gütergemeinschaft an die Stelle des Erbfalls, der überlebende Ehegatte (vorbehaltlich der Erörterung in Anm. 4) an die Stelle des Erben tritt. Für die Vorschriften, die sich auf den Erblasser beziehen, tritt an dessen Stelle sowohl der verstorbene als der überlebende Ehegatte, soweit nicht dem Inhalte der Vorschrift nach nur der Verstorbene in Betracht kommen kann, wie in § 224 Ziff. 2—6, § 226 Abs. 2 Ziff. 4, 5, § 228 Abs. 1 im Gegensatz zu § 226 Abs. 2 Ziff. 2, 3. Eine Nachlaßpflegschaft, § 224 Ziff. 4, 5, 6, kann in Betracht kommen, wenn das Vorhandensein des überlebenden Ehegatten oder der Abkömmlinge nicht bekannt ist, Pflichttheilsrechte und Vermächtnisse, § 226 Abs. 2 Ziff. 4, 5, wenn der verstorbene Ehegatte einen Abkömmling von der fortgesetzten Gütergemeinschaft ausgeschlossen hat, B.G.B. § 1511. Die Vorschriften der §§ 232, 233, betreffend den Erbschaftskauf, können keine Anwendung finden. Zwar kann das Gesammtgut einer Gütergemeinschaft im Ganzen den Gegenstand eines auf Veräußerung abzielenden Vertrags bilden, B.G.B. § 1444. Im Konkurse über das Gesammtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft kommt aber immer nur der zur Zeit des Eintritts dieser Gütergemeinschaft vorhandene Theil des Gesammtguts in Betracht. Also können auch nicht einmal die Vorschriften des B.G.B. § 419 über die Uebernahme eines Vermögens Anwendung finden, viel weniger die völlig unerwähnt gelassenen Vor-

Digitized by Google

schriften des B.G.B. §§ 2382, 2383 über die Haftung des Erbschaftskäufers für die Nachlaßverbindlichkeiten, die die Grundlage für die Vorschriften der §§ 232, 233 bilden.

3) Das Konkursverfahren über das Gesammtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft ist in Anwendung der Vorschriften des § 216 auch dann zulässig, wenn noch ungewiß ist, ob diese Gütergemeinschaft überhaupt eintritt. Denn der überlebende Ehegatte kann die Fortsetzung nach Maßgabe der für die Ausschlagung der Erbschaft geltenden Vorschriften ablehnen, B.G.B. § 1484; aber durch die Ungewißheit wird die Verfolgung der Gesammtgutsverbindlichkeiten nicht einmal dem überlebenden Ehegatten gegenüber allgemein aufgehalten; nur insoweit, als dessen persönliche Haftung nur durch den Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft begründet ist, finden die für die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten geltenden Vorschriften, also auch B.G.B. §§ 2014, 2015, entsprechende Anwendung, B.G.B. § 1489 Abs. 2. Die Ablehnung der fortgesetzten Gütergemeinschaft hat aber insofern eine weiter greifende Bedeutung als die Ausschlagung einer Erbschaft, als sie den Gegenstand des Verfahrens ändert. Denn in Folge der Ablehnung, die ebenso wie die Ausschlagung der Erbschaft auf die Zeit des Todes des Ehegatten zurückbezogen wird, erfolgt die Beerbung des Ehegatten nach den allgemeinen Vorschriften, BGB. § 1484 Abs. 3, § 1482. Der Antheil des verstorbenen Ehegatten an dem Gesammtgut gehört also zu dessen Nachlaß, wie andererseits der Antheil des überlebenden Ehegatten zu dessen Vermögen gehört. Das Konkursverfahren kann also nur über jenen Nachlaß oder über dieses Vermögen fortgeführt werden und in dem Konkurse muß die Auseinandersetzung über die bestehende Gemeinschaft, die nicht mehr Gütergemeinschaft ist, gemäß § 16 nach den maßgebenden Vorschriften des B.G.B. §§ 1474—1481 erfolgen. Andererseits gehört zum Nachlaß des verstorbenen Ehegatten wie zum Vermögen des überlebenden Ehegatten deren nicht zum Gesammtgut der Gütergemeinschaft gehörig gewesenes Vermögen, das durch die K.Eröffnung nicht betroffen worden ist. In Folge der Ablehnung der fortgesetzten Gütergemeinschaft muß deshalb das über das Gesammtgut dieser Gütergemeinschaft eröffnete Konkursverfahren eingestellt werden. Soll an dessen Stelle ein Konkursverfahren über den Nachlaß oder das Vermögen des einen oder des anderen oder beider Ehegatten treten, so bedarf der Antrag hierauf anderweiter Begründung. Die aus dem Verfahren entstandenen Massekosten und Masseschulden werden freilich dem nunmehr zu theilenden Gesammtgut zur Last bleiben.

4) Gemeinschuldner ist der überlebende Ehegatte, der in der fortgesetzten Gütergemeinschaft die Stelle des Ehemannes einnimmt, B.G.B. § 1487 Abs. 1. Nur er ist deshalb außer den Gläubigern zum Antrage auf Eröffnung des Verfahrens berechtigt; die antheilsberechtigten Abkömmlinge sind nur, soweit thunlich, zu hören. Dies gilt aber nur für die Dauer des Fortbestandes der fortgesetzten Gütergemeinschaft. Mit der Theilung des Gesammtguts, die nach § 216 die Eröffnung des Verfahrens nicht ausschließt, treten die antheilsberechtigten Abkömmlinge an die Seite des überlebenden Ehegatten. Dasselbe muß sogar schon dann gelten, wenn das Gesammtgut noch nicht getheilt, aber die fortgesetzte Gütergemeinschaft beendigt oder aufgehoben ist. Denn schon von da an kann der überlebende Ehegatte nur mit den antheilsberechtigten Abkömmlingen zusammen über einen Gegenstand des Gesammtguts verfügen, B.G.B. § 1497 Abs. 2, §§ 1442, 1443. Es müssen dann bei dem Antrage auf K.Eröffnung die für den Fall des Vorhandenseins mehrerer Erben gegebenen Vorschriften des § 217 Abs. 1, 2 entsprechend angewandt werden, und ebenso bei einem Zwangsvergleiche die Vorschriften des § 230. Ueberhaupt hat alsdann auch jeder antheilsberechtigte Abkömmling die der Stellung eines Miterben im Nachlaßkonkurse entsprechende Stellung. Wird die fortgesetzte Gütergemeinschaft im Laufe des Verfahrens aufgehoben, so hat dies auf das weitere Verfahren nur denselben Einfluß wie der Tod des Gemeinschuldners in dem gewöhnlichen Konkurse. Das gilt insbesondere auch dann, wenn der überlebende Ehegatte stirbt und damit der Tod des Gemeinschuldners und die Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft zusammenfallen. Die Eröffnung des K.Verfahrens über das Gesammtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft hat die Aufhebung dieser Gemeinschaft nicht zur Folge. Nicht nur kann

Digitized by Google

diese nach Beendigung des K. fortgesetzt werden (Jäger Anm. 14), sondern sie besteht auch während des K. für das nach der K.Eröffnung hinzutretende Vermögen fort und hat überhaupt nicht zur Voraussetzung, daß irgend welches Gesammtgut vorhanden ist.

5) **Die K.Masse** besteht aus dem Gesammtgut in dem Bestande, den es zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft hatte, B.G.B. § 1489 Abs. 2. Veränderungen dieses Bestandes haben dieselben Wirkungen, wie die Veränderungen des Nachlasses für den Nachlaßkonkurs. Inwieweit Ansprüche gegen den überlebenden Ehegatten oder die sonstigen Gemeinschuldner aus der Verwaltung des Gesammtguts der fortgesetzten Gütergemeinschaft, B.G.B. § 1978, zur K.Masse gehören oder Verwendungen aus der K.Masse zu erstatten sind, hängt davon ab, ob der überlebende Ehegatte allgemein unbeschränkt oder beschränkt haftet, Vorb. 12 vor § 214.

6) **Konkursgläubiger** sind alle diejenigen, die zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft aus dem Gesammtgut der Gütergemeinschaft Befriedigung verlangen konnten wegen dieser ihrer Forderungen, § 236 S. 2. Nicht dazu gehören die Gläubiger solcher Verbindlichkeiten, die erst in Folge des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft Gesammtgutsverbindlichkeiten der fortgesetzten Gütergemeinschaft geworden sind, B.G.B. § 1488, wenn auch ihre Forderungen gegen den überlebenden Ehegatten schon früher bestanden haben. Es folgt dies aus der Beschränkung des Verfahrens auf das Gesammtgut nach dessen Bestande zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gemeinschaft, B.G.B. § 1489 Abs. 2. Im Uebrigen gilt die Vorschrift des § 226 Abs. 1. Konkursgläubiger sind auch die, denen der überlebende Ehegatte schon zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft persönlich haftete; doch sollen diese nicht das Recht haben, die Eröffnung des Verfahrens zu beantragen, § 236 S. 3, weil ihre Rechtslage durch den Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht verändert wird, während die Verbindlichkeiten, für die der überlebende Ehegatte zu der entscheidenden Zeit nicht persönlich haftete, durch den Konkurs von der persönlichen Haftung des überlebenden Ehegatten auch fernerhin ausgeschlossen werden können und deshalb deren Gläubiger ein Interesse daran haben, daß das Verfahren zeitig eröffnet wird. Für den überlebenden Mann kommen als Gesammtgutsverbindlichkeiten, für die er nicht persönlich haftet, nur diejenigen in Betracht, die im Verhältniß der Ehegatten zu einander der Frau zur Last fallen, B.G.B. § 1459 Abs. 2, für die überlebende Frau alle Gesammtgutsverbindlichkeiten, die nicht in ihrer Person entstanden sind. Die persönliche Verpflichtung des Mannes für jene, die mit der Beendigung der Gütergemeinschaft erloschen ist, entsteht erst von Neuem mit dem Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft, B.G.B. § 1489 Abs. 1; die persönliche Verpflichtung der Frau für die nicht in ihrer Person entstandenen Verbindlichkeiten entsteht überhaupt erst mit dem Eintritt. Die antheilsberechtigten Abkömmlinge haften als solche auch nach Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft für deren Gesammtgutsverbindlichkeiten niemals persönlich, § 1489 Abs. 3.

7) **Die für die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten geltenden Vorschriften** finden auf die Haftung des überlebenden Ehegatten für die Gesammtgutsverbindlichkeiten der fortgesetzten Gütergemeinschaft insoweit entsprechende Anwendung, als die persönliche Haftung den überlebenden Gatten nur in Folge des Eintritts dieser Gütergemeinschaft trifft, B.G.B. § 1489 Abs. 2. Damit ist nicht nur die Zulässigkeit des Konkurses über das Gesammtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft gegeben, sondern auch dem überlebenden Ehegatten alle anderen dem Erben zustehenden Mittel gewährt, sich der Verbindlichkeiten, bei denen die bezeichnete Voraussetzung zutrifft, zu erwehren, den Gläubigern aber auch das Recht, den überlebenden Ehegatten für die Verwaltung des Gesammtgutes verantwortlich zu machen, B.G.B. § 1978, und die Mittel, die unbeschränkte Haftung des überlebenden Ehegatten herbeizuführen. Das Recht, die Bestimmung einer Inventarfrist zu beantragen, B.G.B. § 1994, steht den Gläubigern, denen der überlebende Ehegatte nicht erst in Folge des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft haftet, nicht zu, da auf ihr Rechtsverhältniß zu dem überlebenden Ehegatten die bezeichneten Vorschriften keine Anwendung finden.

Digitized by Google

§ 237. (207.)

III. Besitzt ein Schuldner, über dessen Vermögen im Auslande ein Konkursverfahren eröffnet worden ist, Vermögensgegenstände im Inlande, so ist die Zwangsvollstreckung in das inländische Vermögen zulässig.

Ausnahmen von dieser Bestimmung können unter Zustimmung des Bundesraths durch Anordnung des Reichskanzlers getroffen werden.

E. I. 219. 220. P. 292—296.

1. Allgemeine Grundsätze der K.O. über das Verhältniß zum Auslande.
2. Besondere Grundsätze des § 237.
3. Schuldner.
4. Inländisches Vermögen.
5. Voraussetzungen für die nach § 237 geltend gemachte Forderung.
6. Prozessuales.
7. Abs. 2 Ausnahmen.

1) **Die Grundsätze der K.O. über das Verhältniß zu ausländischen G.Schuldnern** sind in Einl. § 4 und in den Anm. zu § 5 erörtert. Der dort vertretenen Auffassung, daß die K.O. vom Grundsatz der Territorialität beherrscht sei, hat sich neuerdings auch der 2. Civilsenat des R.G. angeschlossen. **RG. 52, 156.** Ebenso 1. Sen. **RG. 54, 193.** Die §§ 237, 238 finden keine Anwendung, soweit Staatsverträge entgegenstehen. Diesen kann und soll die K.O. nicht vorgreifen, da sie durch die Gesetzgebung eines der kontrahirenden Theile nicht geändert werden können. Dies gilt namentlich auch von den Staatsverträgen früherer Zeit, die zwischen einzelnen Bundesstaaten und dem Auslande geschlossen sind, da die Reichsgesetzgebung nach internationalem Rechte nicht bestehende staatliche Vertragsrechte gegenüber anderen Staaten aufheben kann, und Abs. 2 § 237 auch nur die künftig zu bestimmenden Ausnahmen betrifft. **RG. 24, 12.** Abw. Petersen-Kleinfeller Anm. 1 zu § 4 Einf.Ges. Unberührt bleibt, daß zufolge der Reichsverfassung nicht noch jetzt einzelne Bundesstaaten Staatsverträge im Widerspruch mit der Reichsgesetzgebung abschließen können. A.M. Kohler S. 625.

2) **Im § 237 ist der Grundsatz der einheimischen Rechtsverfolgung** in das im Inlande befindliche Vermögen gegenüber einer K.Eröffnung im Auslande **bestimmt.** Vgl. Einl. § 4. Besitzt der G.Schuldner eines ausländischen Konkurses Vermögensgegenstände im Inlande, so soll gegen die für deutsche Konkurse geltende Regel des § 14 und abweichend vom Grundsatze, daß alle zur K.Masse gehörigen Gegenstände dem K.Gerichte auszuantworten sind, die Zwangsvollstreckung zulässig sein, sofern nicht gemäß Abs. 2 Ausnahmen bestimmt werden. Nach C.P.O. § 23 ist gegen Personen, die im Deutschen Reiche keinen Wohnsitz haben, der Gerichtsstand des Bezirks, in dem sich Vermögen dieser Personen befindet, wegen vermögensrechtlicher Ansprüche begründet, wesentlich um den inländischen Gläubigern den Zugriff auf diese Gegenstände zu erleichtern. Dieser Gerichtsstand, unabhängig davon, ob die Vermögensgegenstände der Zwangsvollstreckung unterliegen (a.M. Planck 1, 63; Seuffert Anm. 4 zu § 24), ermöglicht die Verfolgung gegen Ausländer im Inlande. Die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung ist im Abs. 1 als Regel aufgestellt, weil die Anwendung einer allgemeinen Rechtsregel keinen fremden Staat verletzen kann; die Anwendung der Ausnahme erscheint dann entgegenkommend und sichert die Gegenseitigkeit, während bei umgekehrter Regel nicht füglich einem Staate gesagt werden kann, daß man gerade ihm nicht traue, und doch das Mittel der Retorsion in Ermangelung eines allgemein gültigen internationalen Rechts nicht entbehrt werden kann. Ein Antrag auf Streichung des § 237 ist in der R.K. abgelehnt. Prot. 196—200. De lege ferenda brandmarkt Advok. Ch. Kauffmann zu Straßburg im Journal du droit. internat. 1885, Heft 1, 2 S. 33—45: „Des biens sis en Allemagne appartenant à un failli étranger" den Grundsatz des § 237 als Raubsystem (système de pillage), wogegen das franz. Recht keine Hülfe gewähre. Dagegen mag hier nur kurz erwähnt werden, daß abgesehen von der im Abs. 2 nahe gelegten diplomatischen Zulässigkeit einer Aenderung zu Gunsten einer gleichmäßigen Gegenseitigkeit da, wo keine Gegenseitigkeit besteht, das K.Recht seine Wirksamkeit auf den eigenen Staat be-

Digitized by Google

schränkt, mithin auch der französ. Konkurs nicht beanspruchen kann, auf Vermögensstücke, die der Gerichtsbarkeit des Deutschen Reiches unterworfen sind, Anwendung zu finden, und die Zulassung des Zugriffs deutscher Gläubiger auf inländisches Vermögen statt der Verweisung auf die Rechtsverfolgung im Auslande um so weniger einem Lande gegenüber anstößig sein kann, das nicht einmal Urtheile eines ausländischen Gerichts als solche anerkennt. Unrichtig ist auch, daß der Verwalter einer ausländischen K.Masse kraft der K.Eröffnung für das im Deutschen Reiche befindliche Vermögen, selbst wenn es nicht nach § 237 beschlagnahmt ist, schon einen Zwangsrechtstitel zur Verfolgung im Deutschen Reiche hätte; dies würde gegen die den §§ 722, 723 C.P.O. zu Grunde liegenden Rechtsgrundsätze verstoßen.

Die deutschen Schutzgebiete sind nur Zubehörungen und nicht Theile des Deutschen Reichs; sie sind für das Deutsche Reich Ausland. Mit Rücksicht auf die praktischen Bedürfnisse der Betheiligten sind sie auch hinsichtlich der Anwendbarkeit der §§ 237, 238 als Ausland anzusehen. Vgl. Busch 14, 207.

3) **Der Schuldner** kann ein Inländer oder Ausländer sein, dies begründet für die Anwendung des § 237 keinen Unterschied. Er muß nur inländisches Vermögen haben (Anm. 4). Voraussetzung ist ferner immer, daß der Schuldner im Inlande Vermögen besitzt; dasjenige, was die ausländische K.Verwaltung während des Konkurses an Vermögen erwirbt, ist dazu nicht zu rechnen. RG. 14, 424.

Streitig ist, ob in den nach § 237 im Inlande zulässigen Prozessen der G. Schuldner sich selbst vertreten kann, und ob er durch seinen K.Verwalter vertreten werden kann oder muß. Das RG. 9, 401; 14, 405 ff. und 412 ff. führt aus, daß die Klagen und Z.Vollstreckungsanträge gegen den G.Schuldner selbst zu richten sind und dieser, in Folge des Konkurses nicht handlungs- und prozeßunfähig, sich vertreten kann, weil durch § 237 die inländischen Vermögensstücke von der ausländischen K.Masse ausgeschlossen sind, für sie also die ausländische K.Verwaltungsbeschränkung nicht in Frage komme und § 237 die Möglichkeit der Durchführung des entsprechenden Verfahrens im Deutschen Reiche erfordere und voraussetze (vgl. auch C.P.O. § 55); das inländische Vermögen gelte in dieser Beziehung unter allen Umständen als ein noch der Verfügung des Schuldners unterliegendes, also auch den Angriffen der Gläubiger gegen ihn unterworfenes Vermögen. Man wird dieser, jedenfalls im praktischen Interesse für die Inländer liegenden Entscheidung zustimmen müssen. Trotz des ausländischen Konkurses soll der G Schuldner im Inlande nach § 23 C.P.O. verklagt werden können und der § 237 spricht den Grundsatz aus, daß die Verfolgung gegen ihn im Inlande durch den Konkurs nicht gehindert werde, während der Verwalter den G.Schuldner nur vertritt, soweit die solche Gegenstände nicht umfassende K. Masse reicht. Damit ist indeß vereinbar, daß, wenn der Schuldner eine ausländische Gesellschaft ist, die nach der K.Eröffnung durch den Verwalter vertreten wird und als besonderes, anderswie vertretenes Rechtssubjekt nicht mehr besteht, dann auch der Verwalter der gebotene und nothwendige Vertreter des G.Schuldners für das Verfahren des § 237 ist. RG. 14, 418 ff. A.M. Wolff, Absond.R. S. 146.

4) Welche Vermögensgegenstände zum **inländischen Vermögen** gehören, ist für Forderungen nach § 23 C.P.O., sonst nach dem bürgerlichen Rechte zu bestimmen. RG. 16, 392; 5. April 1882, JW. 150; 26. Mai 1886, JW. 293.

5) **Die Forderung, die gegen den Schuldner geltend gemacht wird,** ist in der K.O. keiner näheren Bestimmung unterworfen. Auch der Gläubiger, der gemäß § 237 das Recht auf Zwangsvollstreckung ausübt, kann Inländer oder Ausländer sein. Auch Klagen und Arreste (vgl. RG. 6, 405) gegen Schuldner, über die bereits im Auslande Konkurs eröffnet ist, sind zulässig. Das Gesetz setzt nicht voraus, daß der Titel schon als vollstreckbarer zur Zeit der K.Eröffnung vorhanden war. Dies ist weder nach den Mot, noch nach dem Vorbilde: P. § 293 beabsichtigt. Der § 237 soll das Recht des ausländischen K.Verwalters, zu seiner K.Masse das im Deutschen Reiche befindliche Vermögen einzuziehen, beschränken, um den Zweck des § 23 C.P.O. zu sichern. Mot. 457, 458. Der Schutz kann also nicht bloß solchen Gläubigern zu Gute kommen, die schon vor der K.Eröffnung von

Digitized by Google

dem Gerichtsstande des § 23 C.P.O. Gebrauch gemacht haben. So auch R.O.H. 2, 69 für P. § 293 und RG. 1, 435, 437; 6, 401 für § 237; RG. 13. Jan. 1885, JW. S. 93; Schmidt, Busch 6, 1, 22 ff. Mot. 457, 558.

Die Frage, welche Wirkung der ausländische Konkurs nach seiner Beendigung auf die Zulässigkeit der demnächstigen Verfolgung eines dann im Inlande wohnenden Schuldners wegen des erlittenen Ausfalls hat, ist ebenfalls durch § 237 und überhaupt durch die K.O. nicht betroffen. Sie ist nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu lösen. Der im ausländischen Konkurse mit gerichtlicher Bestätigung geschlossene Akkord und die Entlastung (Discharge) nach der englischen bankruptcy act, die die Befreiung von allen früheren Schulden außer den Forderungen aus dolus und den fiskalischen zur Folge hat, vgl. Kohler S. 441, sind in formeller Beziehung Entscheidungen ausländischer Gerichte. Sie haben als solche nur im Falle der Gegenseitigkeit gemäß den Grundsätzen der C.P.O. §§ 722, 723 eine unmittelbare Wirkung im Inlande. Sofern eine solche Gegenseitigkeit nicht besteht, wie sie namentlich zwischen England und dem Deutschen Reiche nicht stattfindet, und sofern nicht etwa anzunehmen ist, daß die Interessenten sich allen, auch den konkursrechtlichen Vorschriften des Auslandes haben unterwerfen wollen, kann der Schuldner gegen die volle Rechtsverfolgung im Inlande einen solchen Befreiungsgrund aus ausländischem Rechte nicht entgegensetzen, RG. 21, 8; 25, 383. Vgl. Kohler § 115. Dasselbe gilt aus gleichem Grunde überhaupt von der Wirkung eines ausländischen Zwangsvergleichs, RG. 52, 155. Sofern es sich sonst darum handelt, ob ein materiellrechtlicher Grund für die Aufhebung des Schuldverhältnisses vorliegt, wird es darauf ankommen, ob das Rechtsverhältniß, auf Grund dessen die Forderung entstanden ist, nach deutschrechtlichen Grundsätzen seinen rechtlichen Sitz im Auslande oder im Inlande hat; und ob darnach das ausländische oder das inländische Recht hinsichtlich der Aufhebungsgründe maßgebend ist. Vgl. R.O.H. 3, 69; 9, 7; 12, 146; 15, 8 und namentlich betreffs der Verjährung RG. 1, 126; 9, 227; 24, 883.

6) **Prozeßrecht.** Durch die Eröffnung des ausländischen Konkurses wird deshalb auch der schon schwebende inländische Prozeß nicht unterbrochen. Hat der Schuldner Widerklage erhoben, so betrifft diese allerdings die K.Masse und der Prozeß wird unterbrochen. RG. 16, 337. Vgl. Kohler S. 628 ff.

Der Klageantrag kann gegen den Schuldner auf Leistung der Verbindlichkeit gerichtet werden, die ihm obliegt; die Verurtheilung hat dann von selbst die Bedeutung, daß der Schuldner sich die Zwangsvollstreckung in sein inländisches Vermögen gefallen lassen muß. Eine Beschränkung auf diese Gestattung kann dem Antrage zugefügt werden; für durchaus nothwendig ist sie, weil aus § 237 von selbst folgend, nicht zu erachten. RG. 14, 413, 416. Vgl. indeß R.O.H. 2, 70; Schmidt, Busch 6, 25 ff., 27 ff.

7) **Abs. 2. Ausnahmen** von der im Abs. 1 gegebenen Regel können nicht von einer Ministerial-Instanz für einzelne konkrete Fälle, sondern nur als allgemeine Ausnahmen bestimmten Staaten gegenüber und unter bestimmten allgemeinen Voraussetzungen zur gegenseitigen politischen Ausgleichung angeordnet werden. Mot. 458. Prot. 196—200. Sind Staatsverträge vom Deutschen Reiche oder von einzelnen Bundesstaaten abgeschlossen, so sind diese zunächst maßgebend. Ueber solche Verträge ist zu bemerken:

Das Uebereinkommen zwischen Preußen und Oesterreich v. 12. Mai u. 16. Juni 1844 bestimmt: Das in einem Staate befindliche bewegliche Vermögen eines dem andern Staate angehörigen, in diesem letzteren in Konkurs gerathenen Schuldners wird, wenn derselbe im ersteren Staate mit Grundstücken nicht ansässig ist, an das ausländische K.Gericht auf dessen Requisition ausgeantwortet, ohne daß zuvor ein Spezialkonkurs im Inlande eingeleitet wird; selbst wenn Arreste darauf angelegt sind. Pfand- und Retentionsrechte, welche vor Ausbruch des Konkurses erworben sind, bleiben aufrecht; solche Gläubiger brauchen sich in den Konkurs nicht einzulassen und die Objekte vor ihrer Befriedigung nicht auszuantworten. Besitzt der Gemeinschuldner im Inlande unbewegliches Vermögen, so wird auch das bewegliche Vermögen nicht ausgeliefert, sondern „auf Antrag der Betheiligten" von dem kompetenten Gerichte, in dessen Bezirke sich das unbewegliche Vermögen befindet, über alles im Inlande befindliche Vermögen ein besonderer Konkurs eröffnet.

Digitized by Google

Schuldforderungen werden zum beweglichen Vermögen gerechnet, außer wenn sie vermöge besonderer Bestimmungen Bestandtheile eines unbeweglichen Besitzthums ausmachen oder ihnen nach der Gesetzgebung des betreffenden Staates die Eigenschaft einer unbeweglichen Sache beigelegt ist.

Bei dem Konkurse des einen Staates werden die Gläubiger des anderen Staates den inländischen Gläubigern völlig gleichgestellt. Die Einwohner der preuß. Rheinprovinz, von Ungarn und von Siebenbürgen sind von dieser Konvention nicht berührt. Preuß. G.S. 1844 S. 165.

Vgl. ferner Konvention v. 6. Januar 1854 zwischen Kön. Sachsen und Oesterreich, RG. 24, 12; Staatsvertrag zwischen Württemberg und mehreren Schweizer Kantonen v. 13. Mai 1825 u. Bekanntm. v. 9./23. Dezbr. 1859 (Württ. Reg.Bl. 1826 S. 250, 1860 S. 3); Vertrag des Deutschen Reichs mit Oesterreich-Ungarn v. 25. Febr. 1880 betreffend Beglaubigung von Urkunden, R.G.Bl. 1881 S. 3. Konvention des Deutschen Reichs mit Rußland vom 31. Okt. (12. Nov.) 1874 über Regulirung von Hinterlassenschaften, R.G.Bl. 1875 S. 136 ff. (regelt Vertretung ausländischer Erben durch Konsuln und Gesandte), vgl. Busch 3, 168. — Preuß. Abkommen mit Rußland wegen des unmittelbaren Geschäftsverkehrs zwischen den Justizbehörden der preuß. Grenzprovinzen und des Gerichtsbezirks Warschau v. 4. Febr. 1879, G.S. S. 138 u. 17. (29.) August 1884, G.S. 72; zusätzl. Erklär. v. 16. (28.) Jan. 1893 G.S. 83; ferner Verf. v. 30. Mai u. 16. Dez. 1879, J.M.Bl. 128, 474; Min.Verf. v. 9. Febr. 1883, J.M.Bl. 32, 46, 50 ff.

§ 238. (208.)

Das Konkursverfahren umfaßt nur das im Inlande befindliche Vermögen, wenn der Schuldner im Deutschen Reiche eine gewerbliche Niederlassung aber keinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

Hat ein Schuldner im Deutschen Reiche weder eine gewerbliche Niederlassung noch einen allgemeinen Gerichtsstand, so findet ein Konkursverfahren über das im Inlande befindliche Vermögen des Schuldners statt, wenn er im Inlande ein mit Wohn- und Wirthschaftsgebäuden versehenes Gut als Eigenthümer, Nutznießer oder Pächter bewirthschaftet. Für das Verfahren ist das Amtsgericht ausschließlich zuständig, in dessen Bezirk das Gut sich befindet.

Ist im Auslande ein Konkursverfahren eröffnet, so bedarf es nicht des Nachweises der Zahlungsunfähigkeit zur Eröffnung des inländischen Verfahrens.

1. Allgemeiner Gerichtsstand des Schuldners.
2. Inländisches Vermögen.
3. Voraussetzungen für den Konkurs des § 238.
4. a. gewerbliche Niederlassung,
5. b Bewirthschaftung eines Gutes.
6. Zuständigkeit für den Konkurs.
7. Einfluß eines ausländischen Konkurses.

1) Für den Inlandkonkurs nach § 238 darf der Schuldner keinen allgemeinen Gerichtsstand im Deutschen Reiche haben. Hat er einen allgemeinen Gerichtsstand, so wird auch, wenn er ein Ausländer ist, sein ganzes Vermögen vom Konkurse ergriffen. Wodurch der allgemeine Gerichtsstand bestimmt wird, ist nach C.P.O. §§ 13–17 und G.V. §§ 18 bis 21 zu entscheiden. Dabei ist zu beachten, daß C.P.O. § 16 sich nur auf diejenigen bezieht, die überhaupt keinen Wohnsitz haben. Ein Deutscher, der im Auslande seinen Wohnsitz hat (C.P.O. § 13), unterliegt dem § 238, auch wenn er früher im Deutschen Reiche seinen Wohnsitz gehabt hat. Die von Völderndorff 2, 14, 15, 615 behauptete Beschränkung des § 238 auf Ausländer widerspricht dem unterschiedslosen Ausdrucke des § 238. — Vom § 238 sind auch die Reichsangehörigen und Schutzgenossen nicht ausgenommen, die in einem Konsulargerichtsbezirke wohnen oder sich aufhalten und über welche daher der Konsul als Amtsgericht den Konkurs eröffnen kann. Ges. v. 7. April 1900 §§ 2, 7. Die Gerichtsbarkeit des Konsuls hat zwar als eine deutsche zu gelten. Durch die Unter-

Digitized by Google

werfung unter diese Gerichtsbarkeit hat der Schuldner aber immerhin keinen Gerichtsstand „im Deutschen Reiche“ und die praktischen Verkehrsrücksichten bei der Entfernung des Konsuls von dem Orte der Niederlassung oder des Gutes lassen auch eine Abweichung von der aus dem Wortlaute sich ergebenden Anwendung des § 238 nicht wünschenswerth erscheinen. Dasselbe gilt von den deutschen Schutzgebieten, da sie ebenfalls nicht Theile des Deutschen Reichs, sondern nur Zubehörungen, also für das Deutsche Reich Ausland sind, vgl. Anm. 2 § 237.

2) Hat der Schuldner im Inlande (ohne einen allgemeinen Gerichtsstand zu haben) eine gewerbliche Niederlassung oder bewirthschaftet er ein Gut, so gehört zu seinem in Konkurs gerathenden **inländischen Vermögen** gemäß der ausdrücklichen Vorschrift im Abs. 1 alles im Inlande befindliche Vermögen des G.Schuldners, ohne Rücksicht darauf, ob es in Beziehung zur Niederlassung oder zum Gute steht und ebenso sind im Konkurse alle Forderungen an den G.Schuldner geltend zu machen, ohne Rücksicht darauf, ob sie auf den Geschäftsbetrieb der Niederlassung oder die Bewirthschaftung des Gutes sich beziehen, — die Beschränkungen des § 21 C.P.O. sind hier nicht mit aufgenommen. RG. 14. Okt. 1887, J.W. 475. Daher ist es auch für die Anfechtung nach §§ 30 ff. unwesentlich, ob die auf die Anfechtung bezüglichen Handlungen gerade bei der Zweigniederlassung erfolgt sind.

3) **Die Voraussetzung für den Konkurs** des § 238 ist zunächst die allgemeine Voraussetzung zu der K.Eröffnung, die Zahlungsunfähigkeit, vgl. Abs. 3. Maßgebend ist dafür, ob eine allgemeine Zahlungseinstellung unter Berücksichtigung der ausländischen und inländischen Geschäftsverhältnisse eingetreten ist, RG. 21, 21. Die übrigen Voraussetzungen für den Konkurs nach Abs. 2 mit Ausnahme der negativen, daß der Schuldner keinen allgemeinen Gerichtsstand im Deutschen Reiche hat, entsprechen sinngemäß dem § 21 C.P.O. Es wird verlangt:

4) a. eine **„gewerbliche Niederlassung“** des Schuldners im Deutschen Reiche.

Ueber den Begriff vgl. Anm. 2 zu § 71. Sind deren Erfordernisse vorhanden, so ist es gleichgültig, ob der Schuldner die Niederlassung als Eigenthümer, Nutznießer oder Pächter „hat“; auch ob er den Betrieb selbst ausübt oder durch Vertreter ausüben läßt; er muß jedoch die Niederlassung zum Betriebe für sich „haben“, und nicht bloß als Verwalter für einen Andern Fabrik, Handlung oder Gewerbe betreiben.

5) b. **daß der Schuldner im Inlande ein Gut bewirthschaftet,** d. h. ein zum Betriebe von Ackerbau, Viehzucht oder von ländlichen Gewerben dienendes Ackergut, ohne Unterschied, ob es auf dem Lande oder in einer Stadt liegt. Das Gut muß zugleich Wohn- und Wirthschaftsgebäude haben, also nicht bloß ein Wohngebäude ohne Wirthschaftsgebäude, auch nicht bloß Wirthschaftsgebäude ohne Wohnhaus. Der Schuldner muß es „als Eigenthümer, Nutznießer oder Pächter bewirthschaften. Ob persönlich oder durch Vertreter, macht keinen Unterschied. Das Letzte wird die Regel sein, da der Schuldner im Inlande keinen allgemeinen Gerichtsstand, also keinen Wohnsitz haben soll. Ausgeschlossen ist der Fall seiner Verpachtung des Gutes, bei der er nichts mehr zu bewirthschaften hat, sowie der Fall seiner Verwaltung eines Gutes für Andere.

6) **Für die Zuständigkeit des Konkursgerichts** muß zunächst die allgemeine Vorschrift des § 71 Abs. 1 maßgebend sein. Erst dann kann die Sondervorschrift des Abs. 2 Satz 2 Anwendung finden. Hat also der Schuldner eine gewerbliche Niederlassung und ein Gut im Deutschen Reiche, so kann, da nur ein Konkurs eröffnet werden darf, nur das Gericht der Niederlassung als zuständiges in Frage kommen. Ebenso Jäger Anm. 5. Befinden sich mehrere Niederlassungen desselben Inhabers im Inlande, so entscheidet entsprechend dem § 71 Abs. 2 die Priorität der Eröffnung. Erst wenn keine Niederlassung, sondern nur ein Gut da ist, kommt das Amtsgericht, in dessen Bezirke das Gut sich befindet, in Betracht.

7) **Die Einleitung eines ausländischen Konkurses** hat für den inländischen Konkurs nur die Beweisbedeutung des Abs. 3, und keinen andern Einfluß auf den inländischen Konkurs. Abweichend von dem Falle, wenn nur ein Konkurs im Auslande eröffnet ist,

Digitized by Google

§ 237, folgt aus § 238 für den Fall eines inländischen Konkurses gemäß § 238, daß der K.Verwalter alles im Inlande befindliche Vermögen zu seiner K.Masse zu ziehen, und nicht an den ausländischen K.Verwalter auszuantworten hat. Der G.Schuldner selbst und nicht der ausländische K.Verwalter als dessen Vertreter hat die dem G.Schuldner persönlich nach der K.O. zugesprochenen Rechte und Pflichten.

Drittes Buch.
Strafbestimmungen.

Litt.: Kommentare von Olshausen, Oppenhoff, Rüdorff-Stenglein, v. Schwartze zum Str.Ges.Buch; Lehrbücher des Strafrechts von Berner, Binding, Hälschner, v. Liszt, Merkel, Meyer; Stenglein-Kleinfeller, Pr. Nebengesetze; Neumeyer, Bankerutt, 1891; Petersen-Kleinfeller, Jäger und v. Völderndorff zu 239—244.
— Die Citate RG. zu §§ 239—244 bedeuten stets RG. Strafs.

Während im Allgemeinen im E.G. des Strafgesetzbuchs § 2 Abs. 1 „das Reichs- und Landes-Strafrecht, soweit es Materien betrifft, die Gegenstand des St.G.B. sind" außer Kraft gesetzt wurde, war im § 2 Abs. 3 jenes E.G. bestimmt: „Bis zum Erlasse eines Reichsgesetzes über den Konkurs bleiben diejenigen Strafvorschriften in Kraft, welche rücksichtlich des Konkurses in Landesgesetzen enthalten sind, insoweit dieselben sich auf Handlungen beziehen, über welche das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nichts bestimmt." Durch die Strafvorschriften der §§ 281—283 St.G.B. sollte diese Materie nicht vollständig geordnet sein, sondern hierzu der Erlaß der Civilgesetzgebung für den Konkurs behufs einheitlicher Behandlung abgewartet werden. Daher wurden einstweilen reichsgesetzlich nur die in den §§ 281—283 St.G. bezeichneten Handlungen (im Gegensatze zur „Materie" E.G. § 2 Abs. 1) geregelt. Demgemäß waren bisher neben den §§ 281—283 St.G.B. noch für Preußen die §§ 307—309, 340, 341 der P.K.O. v. 8. Mai 1855, Art. 52 E.G. z. H.G. und § 261 Nr. 4, § 262 des preuß. St.G.B. v. 14. April 1851 in Kraft geblieben.

Durch den Erlaß der K.O. ist sodann jener Vorbehalt erledigt und sind damit alle Landesgesetzgebungen über die Materie des Bankerutts im Sinne des E.G. z. St.G.B. § 2 Abs. 1 außer Kraft gesetzt. Neben der durch das E.G. z. K.O. § 3 Nr. 3 ausdrücklich ausgesprochenen Aufhebung der §§ 281—283 St.G.B. folgt die Aufhebung aller Landesgesetzgebungen aus § 4 des E.G. z. K.O. und daraus, daß der Vorbehalt im § 2 Abs. 3 a. a. O. mit dem Eintritte des bezeichneten Zeitpunkts fortgefallen ist. Durch E.G. z. K.O. § 5 Nr. 2 wurden noch die Landesgesetze aufrecht erhalten, die die Nichtbefolgung der Vorschriften über die Anzeige des zwischen dem G.Schuldner und seinem Ehegatten bestehenden Güterrechts unter Strafe stellten. Diese Bestimmung ist durch E.G. z. K.O.N. Art. II aufgehoben. Die Materie ist deshalb hier erschöpfend behandelt, auch über die Fälle einer K.Eröffnung hinaus, um nicht zweierlei neben einander hergehende Strafgesetze zu haben. Mot. 459, 460. Prot. 125. Die Bestimmungen der §§ 281—283 St.G.B. hatten nur Kaufleute betroffen, eine Beschränkung, worüber nach den Mot. dazu die endgültige Bestimmung ebenfalls der gemeinsamen K.O. vorbehalten bleiben sollte. In Uebereinstimmung mit der sonstigen gleichmäßigen Behandlung von Kaufleuten und Nichtkaufleuten ist in der K.O. die Bestrafung der G.Schuldner auf Nichtkaufleute ausgedehnt. Mit dieser Ausdehnung auf alle der deutschen Gerichtsbarkeit Unterworfenen sind die §§ 281—283 St.G.B. in den §§ 239, 240, 242 K.O. im Wesentlichen sachlich aufgenommen und durch die Vorschriften der §§ 241, 243, 244 ergänzt. Neben diesen Strafbestimmungen der §§ 239—244 sind unter Wegfall der landesgesetzlichen Bestimmungen nur noch die in Anm. 2 zu § 244 bezeichneten Vorschriften in Geltung. — Zur Erläuterung für diesen strafrechtlichen Theil der K.O., der auch insofern das Gebiet der K.O. überschreitet, als er

Digitized by Google

nicht bloß nach einer K.Eröffnung, sondern auch nach einer Zahlungseinstellung ohne K.Eröffnung anwendbar ist, muß wesentlich auf die strafrechtliche Litteratur verwiesen werden.

---

§ 239. (209.)

Schuldner, welche ihre Zahlungen eingestellt haben, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, werden wegen betrüglichen Bankerutts mit Zuchthaus bestraft, wenn sie in der Absicht, ihre Gläubiger zu benachtheiligen,

1. Vermögensstücke verheimlicht oder bei Seite geschafft haben,
2. Schulden oder Rechtsgeschäfte anerkannt oder aufgestellt haben, welche ganz oder theilweise erdichtet sind,
3. Handelsbücher zu führen unterlassen haben, deren Führung ihnen gesetzlich oblag, oder
4. ihre Handelsbücher vernichtet oder verheimlicht oder so geführt oder verändert haben, daß dieselben keine Uebersicht des Vermögenszustandes gewähren.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter drei Monaten ein.

E. 257. St.G. 231.

I. Zu §§ 239, 240.

1. Bankerutt.
2. Zusammenhang zwischen Bankerutthandlung und Zahlungsunfähigkeit.
3. Thatbestandsmerkmale des Bankerutts.
4. Vollendung der Strafthat.
5. Zusammentreffen mehrerer Bankerutthandlungen.
6. Begehungsort.
7. Verjährung.
8. Subjekt des Bankerutts.
9. Zahlungseinstellung und Konkurseröffnung.
10. Versuch und Theilnahme.

II. Zu § 239.

11. Bankerutthandlungen.
12. Nr. 1 Verheimlichen und Beiseiteschaffen von Vermögen.
13. Nr. 2 Aufstellen erdichteter Schulden.
14. Nr. 3 u. 4 a) Kaufleute.
15. b) Verpflichtung zur Führung von Handelsbüchern.
16. c) Minderkaufleute. Handwerker.
17. Fabrikant und Handwerker.
18. Kaufmännischer Nebenbetrieb des Handwerkers.
19. Kleingewerbe.
20. Nr. 3: Unterlassen der Buchführung.
21. Nr. 4 Vernichten und Verheimlichen von Büchern.

I. Zu §§ 239, 240.

1) Die §§ 239, 240 enthalten die Strafandrohung für den **Bankerutt**. Es werden bestraft Schuldner, „welche ihre Zahlungen eingestellt haben, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet ist." Durch die Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung (Z.E. oder K.E.) tritt eine Schädigung der in ihren Forderungsrechten verkürzten Gläubiger zu Tage. Diese Schädigung wird aber nicht unter allen Umständen mit Strafe bedroht, sondern nur dann, wenn vorher, gleichzeitig oder später von dem Schuldner die sogenannten in den §§ 239, 240 aufgezählten Bankerutthandlungen begangen worden sind, Handlungen, die entweder mit der besonderen Absicht, die Gläubiger zu beschädigen (§ 239) oder ohne solche (§ 240) vorgenommen sind, die aber in allen Fällen den Schuldner als einen in der Gesammtheit seiner Handlungsweise unzuverlässigen, leichtfertigen erkennen lassen. Bestraft wird also die durch einen ungetreuen (§ 239) oder leichtfertigen (§ 240) Schuldner bewirkte Vermögensschädigung der Gläubiger.

2) Ein Zusammenhang zwischen den Bankerutthandlungen und der zu Tage tretenden Zahlungsunfähigkeit, in der Weise, daß die Bankerutthandlungen im Hinblick auf die vorzunehmende Z.E. oder zu erwartende K.E. erfolgt, oder daß Z.E. oder K.E. Folgen der Bankerutthandlungen sein müßten, wird nicht verlangt und ist auch theilweise un-

Digitized by Google

möglich. So muß es ausgeschlossen erscheinen, daß durch Verheimlichung oder Vernichtung von Büchern oder durch das Unterlassen der Bilanzziehung die Z.E. oder die K.E. herbeigeführt werden. Der Zusammenhang zwischen der Schädigung der Gläubiger und der Zahlungsunfähigkeit liegt immer zu Tage, diese genügt für die Bestrafung eines unredlichen oder leichtfertigen Schuldners und als solcher gilt *immer* kraft gesetzlicher Präsumtion, wer eine der Bankerutthandlungen begangen hat. Es ist daher weder der Nachweis des Zusammenhangs zwischen Bankerutthandlungen und Z.E. oder K.E. erforderlich, noch der Nachweis des Gegentheils erheblich; er würde keine Strafloſigkeit bewirken. Es ist deshalb gleichgültig, ob die Bankerutthandlungen vor oder nach Z.E. oder K.E. vorgenommen sind. RG. 2, 340; 14, 222; Rechtspr. 2, 277; 8, 363. Doch kann nicht etwa jeder Zusammenhang geleugnet werden. Es muß vielmehr eine zeitliche und innere Beziehung bestehen. Liegt zwischen der Bankerutthandlung und der K.E. etwa ein früherer Konkurs, bei dessen Gelegenheit es zu einer Bestrafung des Schuldners nicht gekommen ist, so kann wegen der neuen K.E. eine Bestrafung im Hinblick auf die frühere Bankerutthandlung nicht erfolgen. Ebenso fehlt der Zusammenhang, wenn der Konkurs vor Begehung der Handlung bereits erledigt war. RG. 9, 134; Rechtspr. 5, 402; 8, 451; doch verlangt das Reichsgericht darüber hinaus noch die Erhaltung der Handelsbücher. RG. 11, 386; 22, 436; Rechtspr. 6, 787; vgl. auch RG. 4, 41.

3) Trotz dieser Beschränkung eines Zusammenhanges zwischen Bankerutthandlung und Z.E. oder K.E. sind „Thatbestandsmerkmale" d. h. die von dem *Thäter* schuldhaft herbeigeführten Merkmale der strafbaren Handlung nicht nur die eigentliche Bankerutthandlung (so Liszt, Lehrbuch § 137, 3, Meyer S. 598), sondern auch die K.E. oder die Z.E. Daß mit dem Relativsatz „welche ihre Zahlungseinstellung eingestellt haben u. s. w." nicht etwa eine Qualifikation des Thäters gegeben werden soll, ergiebt sich schon daraus, daß in den Fällen des § 240 die Bankerutthandlungen vorgenommen sein müssen, ehe das Konkursverfahren eröffnet ist, daß also die Qualifikation dann zur Zeit der Begehung der That nicht zutreffen würde.

Daß aber K.E. und Z.E. auch nicht, wie Liszt will, bloße Bedingungen der Strafbarkeit sind, muß um deswillen angenommen werden, weil das Gesetz den Bankerutt, nicht aber die einzelnen Handlungen mit Strafe bedroht. Strafbarkeitsbedingungen sind nach allgemeiner Ansicht nur solche Umstände, „die der That als ihr innerlich fremde hinzutreten (§§ 200, 203, 173 Str.G.B.) nicht die Elemente der That selbst". RG. 26. Hätte Liszt Recht, so müßte man die Bankerutthandlungen, auf die eine Z.E. oder K.E. nicht folgt, als strafloſen Bankerutt bezeichnen, was angesichts des Sprachgebrauchs für dieses Wort nicht wohl möglich ist. Vgl. Jäger Vorbem. II 3. Strafbar ist der Schuldner, der es in Folge von Zahlungsunfähigkeit unterläßt, seine Gläubiger zu befriedigen, wenn er ein unredlicher oder leichtfertiger Schuldner ist. Weit eher könnte man deshalb die Bedeutung der einzelnen Bankerutthandlungen als Qualifikation des einer Strafe unterworfenen Schuldners bezeichnen, zumal bei dem Mangel des Erfordernisses eines Zusammenhanges zwischen Bankerutthandlung und K.E. oder Z.E. bei jener ein auf den Erfolg gerichteter Vorsatz nicht verlangt werden kann. Der innere Zusammenhang zwischen beiden Elementen der That ist, wenn die Bankerutthandlungen vorangehen, der, daß jeder, der eine der in den §§ 239, 240 aufgezählten Handlungen vorgenommen hat, bei Vermeidung der Bestrafung verpflichtet ist, seine Verbindlichkeiten zu erfüllen und der Strafe verfällt, sowie er aufhört, in der Allgemeinheit dies zu thun, gleichgültig wodurch er dazu veranlaßt wird. Der zahlungsunfähige Schuldner aber darf nach Z.E. oder K.E. nicht mehr die Bankerutthandlungen Nr. 1, 2 u. 4 begehen. Auf diese Weise stehen sich beide Elemente der That völlig gleichwerthig als Thatbestandsmerkmale gegenüber. Dabei sind aber nicht die als leitende Grundgedanken bezeichnete Unredlichkeit und Leichtfertigkeit sowie die Zahlungsunfähigkeit die Merkmale, sondern die vom Gesetz bestimmten und ausschließlich bezeichneten Bankerutthandlungen und lediglich die Zahlungseinstellung und Konkurseröffnung, also bestimmte Aeußerungen der Zahlungsunfähigkeit. Ebenso wie hier in ständiger Rechtsprechung des RG. 3, 350; 5, 416; 7, 394; 9, 155; 11, 386; 13, 41; 16,

Digitized by Google

189; 27, 316. Die Entscheidung des Streits über die Thatbestandsmerkmale ist von Bedeutung für die Vollendung des Delikts und damit für die Beurtheilung des Zusammentreffens mehrerer Bankerutthandlungen, für den Begehungsort und die Verjährung.

4) **Vollendung.** Weder die K.E. oder Z.E. noch die Bankerutthandlungen allein können die Strafbarkeit begründen. Beide müssen vielmehr zusammentreffen. Die Schädigung der Gläubiger ist noch nicht vollendet, solange nicht der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat oder über sein Vermögen der Konkurs eröffnet ist und die mit diesem Ereigniß vollendete Thatsache der Gläubigerbeschädigung ist nicht strafbar, wenn sie nicht von einem Schuldner ausgeht, der in Folge der Begehung von Bankerutthandlungen als ungetreuer und leichtfertiger zu gelten hat. Vgl. RG. 2, 340.

5) Werden von dem Schuldner **mehrere Bankerutthandlungen** begangen, so besteht kein Unterschied, ob sie alle unter einen der §§ 239, 240 fallen oder ob beide Vorschriften betroffen sind. Liegen nur betrügerische oder nur einfache Bankerutthandlungen vor, so wird jede von ihnen als Merkmal einer strafbaren Handlung erst angesehen, wenn die Z.E. oder K.E. eingetreten ist. Erst dann also ist die strafbare Handlung vollendet. Zu mehreren einzelnen Bankerutthandlungen treten Z.E. oder K.E. hinzu. Durch sie werden jene zu einer einzigen Handlung verbunden. Dies geschieht in gleicher Weise, wenn etwa die Z.E. oder die K.E. vorangeht und eine Bankerutthandlung des § 239 nachfolgt. Mehrere Bankerutthandlungen können deshalb in Realkonkurrenz nur treten, wenn sie im Zusammenhang mit verschiedenen Z.E. oder verschiedenen K.E. stehen. Dies kann, abgesehen von der Aufeinanderfolge mehrerer Z.E. oder K.E., die durch einen von Konkurs u. Z.E. freien Zustand getrennt sind, dann vorkommen, wenn der G.Schuldner persönlich haftendes Mitglied einer oder mehrerer Handelsgesellschaften ist, für die er ebenso wie für sein Privatvermögen an einer Z.E. oder K.E. betheiligt sein kann. Ebenso Jäger Anm. 45 ff. Petersen, Kleinfeller Anm. 8 ff. und RG. 2, 198; 6, 94; 8, 43; 11, 5; Rechtsspr. 2, 340, 437; 4, 260; 5, 52. — Ebenso verhält es sich, wenn mit Bezug auf dieselbe Z.E. oder K.E. mehrere betrügerische und einfache Bankerutthandlungen begangen sind oder werden. Auch hier liegt nur eine strafbare Handlung vor, mag die eine Bankerutthandlung vor, die andere nach der Zahlungseinstellung begangen sein. Die Bestrafung hat natürlich nach § 239 zu erfolgen, da unter allen Umständen ein Verbrechen gegen diese Vorschrift vorliegt. Ist aber etwa eine Bestrafung wegen einfachen Bankerutts erfolgt, so ist damit das Strafrecht konsumiert, auch wenn sich hinterher das Vorliegen einer Bankerutthandlung nach § 239 herausstellt oder eine solche gar erst nachher vorgenommen wird. RG. 29, 344.

Dieselben Erwägungen müssen dazu führen, bei einem Zusammentreffen von Bankerutthandlungen und Begünstigungshandlungen gemäß § 241 nur eine strafbare Handlung anzunehmen. Ferner gehören auch zum Thatbestande der §§ 10 und 11 des Depotgesetzes vom 5. Juli 1896 die Z.E. oder K.E. Treffen daher mit Bezug auf dieselbe Z.E. oder K.E. Bankerutt- oder Begünstigungshandlungen mit Überschreitungen dieser Vorschriften des Depotgesetzes zusammen, so kann auch hier nur einmal das schwerere Delikt bestraft werden. A. M. RG. 34, 238.

Sofern also bei derselben Z.E. oder K.E. die Bestrafung wegen eines anderen als des im Eröffnungsbeschlusse angeführten Thatmomentes des § 239 oder § 240 erfolgen soll, ist dies in demselben Verfahren zulässig; auch wenn dem Eröffnungsbeschluß § 240 zu Grunde liegt und später § 239 angewendet werden soll, sowie wenn im Beschlusse etwa § 240 Nr. 3 zu Grunde gelegen ist und § 240 Nr. 2 angewendet werden soll und entsprechend ähnlich. Dabei ist Str.P.O. § 264 zu berücksichtigen. RG. 21, 387. Eine andere That im Sinne des § 265 Str.P.O. liegt in solchem Falle nicht vor, da nach dem oben Gesagten immer die eine Straftat der Herbeiführung der Z.E. oder K.E., wenngleich unter verschiedenen begleitenden Momenten, begangen ist. Vgl. RG. 11, 251.

6) **Begehungsort** für die Strafthat des Bankerutts ist da, wo eines der beiden Merkmale erfüllt wird; der Bankerutt ist also im Inlande begangen, wenn hier nur der Konkurs eröffnet oder nur eine Bankerutthandlung erfolgt ist. RG. 16, 188; Rechtspr. 9, 445;

Digitized by Google

vgl. auch Rechtspr. 8, 117; Petersen-Kleinfeller Anm. 5; a. M. Jäger Anm. 41 zu § 239 der nur den Ort der K.E. und Liszt S. 463 der nur den Ort der Bankerutthandlung als den Begehungsort ansieht.

7) **Die Verjährung des Bankerutts** beginnt erst zu laufen, wenn das letzte Thatbestandsmerkmal erfüllt ist, nicht immer schon mit der Z.E., oder K.E., so Jäger Anm. 51 — wie hier RG. 3, 350; 7, 392; 16, 190; — sie wird für beide Bankeruttarten unterbrochen durch die Verfolgung auch nur einer der Bankerutthandlungen des § 239 oder § 240 RG. 29, 344. Die gleiche Erwägung ist entscheidend für die Gesetzesanwendung, wenn Momente theils vor theils nach dem Januar 1900 erfolgt sind. Anwendbar ist das Strafgesetz, unter dessen Geltung das die Strafthat vollendende Moment erfolgt. RG. 2, 328.

8) **Subjekt des Bankerutts** ist der Gleichstellung von Kaufleuten und Nichtkaufleuten entsprechend (abw. v. Str.G.B. § 281 vgl. Vorb.) jeder Schuldner, der seine Zahlungen eingestellt hat oder über dessen Vermögen der Konkurs eröffnet ist. Ueber die Erweiterung des Kreises der Thäter durch § 244 vergleiche diesen. Die unter § 239 Nr. 3, 4 und § 240 Nr. 3, 4 genannten Handlungen können nur von einem Kaufmann begangen werden, weil nur ihm die Pflicht zur Buchführung und Bilanzziehung gesetzlich auferlegt ist. Hierzu s. Anm. 14. Im Falle des Nachlaßkonkurses (hier kommt eine Zahlungseinstellung nicht in Betracht) ist der Erbe Schuldner. Vorbem. 1 vor § 214, vgl. Anm. 4 zu § 236.

Bei einer offenen Handelsgesellschaft können alle Gesellschafter, bei der Kommanditgesellschaft und der Kommanditgesellschaft auf Aktien alle persönlich haftenden Gesellschafter Subjekte des Bankerutts sein.

9) Für die §§ 239 bis 242 sind überall **die Zahlungseinstellung und die Konkurseröffnung** gleichwirkend. Die Z.E. im Sinne des § 102 genügt zur Bestrafung, auch wenn (z. B. wegen § 107) nicht Konkurs eröffnet ist. Falls der Konkurs eröffnet ist (rechtskräftig, ohne auf Beschwerde wieder aufgehoben zu sein), erübrigt dies einen Beweis der Zahlungseinstellung. Dagegen genügt nicht statt einer Z.E. eine Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 102, „weil den sonstigen Merkmalen einer Zahlungsunfähigkeit außer einer Zahlungseinstellung die bezeichnende Erkennbarkeit fehlt, um die Handlung mit Strafe bedrohen zu können." Mot. 460. Darüber, ob K.E. stattfand, entscheidet lediglich die Thatsache, daß sie von einem Amtsgericht beschlossen ist, auch wenn der Konkurs durch Einstellung, §§ 202, 204, wieder aufgehoben ist, sowie ohne Prüfung des Strafrichters, ob die Eröffnung zu Unrecht erfolgt ist. RG. 26, 37. Die K.E. trifft immer nur die im Eröffnungsbeschlusse genannte Person, mag sie auch das in ihren Händen befindliche Vermögen, die scheinbare K.Masse, in Wahrheit für einen anderen verwaltet haben. Dieser andere ist nicht in Konkurs geraten, eine Unterscheidung zwischen formellem und materiellem Konkurs giebt es nicht. RG. 29, 103. Dagegen kann der Nachweis geführt werden, daß der im Eröffnungsbeschlusse genannte Name nur die Firma einer anders zeichnenden zur Anklage gestellten Person ist. RG. 25, 121. Darüber, ob und wann eine Zahlungseinstellung stattfand, hat das Strafgericht selbständig, bnrch civilrechtliche Feststellungen nicht gebunden, zu entscheiden. Str.P.O. § 261, RG. 24, 261. Beispiele für die Annahme einer Zahlungseinstellung vgl. im RG. 3, 197; 9, 161 (in Gütergemeinschaft lebende Eheleute) 14, 221; Rechtspr. 1, 18; das RG. 3, 294 ff. nimmt auch eine Zahlungseinstellung, die nur auf vorgeschützter oder irrthümlich geglaubter Zahlungsunfähigkeit beruht, als genügend an und unterscheidet zwischen konkursrechtlicher und strafrechtlicher Zahlungseinstellung. Indeß ist eine solche Unterscheidung nicht anzuerkennen. Die K.O. deutet für diese Voraussetzung keinen Unterschied an. Für die Z.E. gelten deshalb auch in Anwendung des § 239 ff. alle Erfordernisse die im § 30 Anm. 3—9 aufgestellt sind. Dazu gehört vor allem, daß die Z.E. ein Ausdruck wirklicher Zahlungsunfähigkeit ist. Wenn das Strafgesetz die bloße Thatsache der Z.E. genügen läßt, ohne einen Zusammenhang zwischen diesem Ereigniß und Bankerutthandlungen zu verlangen, weil es die Vermögensbeschädigung durch einen unredlichen oder leichtfertigen Schuldner unter allen

Digitized by Google

Umständen betreffen will, so muß daraus auch gefolgert werden, daß nur die wirkliche, in der Vermögenslage begründete Zahlungseinstellung diese Wirkung haben kann, nicht die — etwa in Beförderung vorgenommene — irrthümliche. Diese birgt in Wirklichkeit die einer echten Z.E. eignende Schädigung der Gläubiger gar nicht in sich. Steht aber einmal fest, daß nicht die bloße äußere Form der Zahlungseinstellung genügt, so muß auch bei nur vorgeschützter Zahlungsunfähigkeit der Z.E. die Wirkung eines Thatbestandsmerkmales versagt werden, denn auch ihr fehlt die Bedeutung, daß sie der Ausdruck der Zahlungsunfähigkeit sei. Wird auf Grund einer solchen Z.E. der Konkurs eröffnet, so ist der Thatbestand der §§ 239, 240 ohne weiteres gegeben. Im anderen Falle aber liegen nur die Delikte des Betruges, der Vollstreckungsentziehung oder des versuchten Bankerutts vor. Hierzu Anm. 10. A. M. die Schriftsteller des Strafrechts, Jäger Anm. 13, Petersen-Kleinfeller Anm. 4.

Für die Strafbarkeit eines nach dem Privatversicherungsgesetz § 112 dem Schuldner gleichgestellten Vorstandes einer Versicherungsgesellschaft ist bei der Z.E. zu beachten, daß die Einstellung nur einzelner Zahlungen gemäß § 69 dieses Gesetzes oder die anderen dort genannten auf Verhütung eines Konkurses abzielenden Maßregeln eine Z.E. im Sinne des § 102 K.O. nicht bedeuten.

Für die Bestrafung des Bankerutts giebt es keinen Unterschied, ob der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat, oder ob über sein Vermögen das Konkursverfahren eröffnet ist. Stellt sich in der Hauptverhandlung heraus, daß nicht, wie im Eröffnungsbeschlusse gesagt ist, Zahlungseinstellung sondern Konkurseröffnung vorliegt oder umgekehrt, so bedeutet dies keine Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes. **RG. 36**, 266.

10) Die allgemeinen Grundsätze des Strafrechts, §§ 1—12, 13—79 Str.G.B. bleiben auch für die §§ 239—244 anwendbar, **RG. 2**, 440; **4**, 1; **5**, 275, 435, Rechtspr. **3**, 49, 153; **7**, 193 ff. So wird namentlich durch Str.G.B. 53 ff. das örtliche Geltungsgebiet der Strafbestimmungen der §§ 239—244 bestimmt. Ferner ist demgemäß auch der **Versuch**, § 43 Str.G.B., strafbar, soweit er vorkommen kann. Für den betrüglichen Bankerutt, § 239, kann er stattfinden, wenn der Schuldner mit der Ausführung einer der Bankerutthandlungen, 1—4, mit der Absicht, die Gläubiger zu benachtheiligen, angefangen hat, selbst wenn dann keine Zahlungseinstellung stattfand, da immerhin dabei die Herbeiführung einer Zahlungseinstellung versucht sein kann, auch wenn diese (für den Zeitpunkt der Vollendung der schuldhaften Handlung entscheidend) nicht eintritt. **RG. 13**, 41; **34**, 380. — Ebenso bleiben die Grundsätze über **Theilnahme**, Anstiftung, Hülfeleistung, §§ 48, 49 Str.G.B., für §§ 239—244 anwendbar. **RG. 9**, 430; **16**, 277; **21**, 291; **31**, 407; 17. Dez. 1892, JW. 1893 S. 113. Insbesondere wird die Theilnahme eines Dritten am Delikte des § 239 auch durch die Konstruirung eines selbständigen Delikts eines Dritten im § 242 rechtlich nicht unmöglich, da die Thatbestände der beiden Strafthaten sich nicht decken, § 242 setzt eine, wenngleich im Interesse des Schuldners, doch als eine eigene verübte That voraus. **RG. 9**, 430. A. M. Jäger Anm. 42 f.

II. Zu § 239.

11) Bankerutthandlungen. Für die Begehung der unter Nr. 1—4 bezeichneten Handlungen oder Unterlassungen ist sodann im § 239 das Erforderniß aufgestellt, daß sie der Schuldner, „in der Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen", vorgenommen hat. Für den Beweis dieser Absicht und die dabei in Betracht kommenden Schlußfolgerungen gilt dasselbe, was für die im § 31 Nr. 1 erforderliche gleiche Absicht maßgebend ist. Für den verbrecherischen Dolus des Schuldners genügt daher nicht schon unbedingt sein Bewußtsein, daß durch seine Handlung seine Gläubiger benachtheiligt werden müssen. Nothwendig ist immer die Feststellung, daß er den Willen zur Benachtheiligung gehabt hat, vgl. Anm. 1 zu § 31; **RG. 24**, 7, 255. Aus dem Zusammenhange der Handlungen mit der Benachtheiligung der Gläubiger kann unter Umständen auf die Absicht geschlossen werden. Die Absicht der Benachtheiligung der Gläubiger braucht nicht gerade gegen alle Gläubiger gerichtet zu sein und ist auch dann vorhanden, wenn unter Begünstigung eines Gläubigers oder Einiger die Anderen benachtheiligt werden sollen. Auch

Digitized by Google

eine Erschwerung oder Verzögerung der Liquidation ist eine Benachtheiligung. Daß übrigens eine besondere Benachtheiligung thatsächlich durch die Handlungen eingetreten ist, ist nicht erforderlich.

12) Zu Nr. 1. **Verheimlichen** ist vorsätzliches in Unkenntniß halten oder Ableugnen; eine heimliche Handlung oder ein Hinbringen an einen heimlichen Ort ist nicht nöthig.

Das „**Beiseiteschaffen**" setzt nicht die Fortschaffung an einen andern Ort voraus, sondern bedeutet allgemein: den Gläubigern entziehen; es kann also auch durch Veräußerung (auch von Immobilien, Forderungen oder anderen Rechten) erfolgen. **RG.** 2, 118. — Das Beiseiteschaffen der nicht zur K.Masse zu ziehenden Gegenstände (§ 1, C.P.O. § 811, z. B. unentbehrlicher Kleidungsstücke) sowie des nach der K.Eröffnung Erworbenen ist nicht strafbar; es kann die Gläubiger nicht benachtheiligen. — Ein heimliches Beiseiteschaffen wird zum Thatbestand nicht erfordert.

Ein Beiseiteschaffen von Vermögensstücken kann auch dadurch erfolgen, daß ein vom Schuldner begünstigter Gläubiger zur Befriedigung für sich die Vermögensgegenstände unter Benachtheiligung der anderen Gläubiger erhält, was die Strafthat des § 241 begründet. Der Thatbestand des § 241 ist sonach in demjenigen des § 239 Nr. 1 begrifflich enthalten. Darin besteht nicht eine ideale Konkurrenz beider Delikte (§ 73 Str.G.B.), vielmehr liegt begrifflich nur ein Delikt vor; aber es besteht eine Konkurrenz der Strafgesetze für dasselbe Delikt, und da § 241 das speziellere Gesetz für diesen besondern Fall ist, so ist dann, wenn nur der Thatbestand des § 241 vorliegt, nach diesem und nicht nach § 239 zu strafen. **RG.** 6, 94; a. M. Jäger Anm. 29.

13) Zu Nr. 2. Unter der „**Aufstellung**" **erdichteter Schulden oder Rechtsgeschäfte** (wozu auch die wissentliche Angabe einer erloschenen Forderung gehört) ist zu verstehen, daß die Schulden oder Rechtsgeschäfte in irgend einer Weise in die Erscheinung treten und vom Schuldner als wirkliche behandelt werden. **RG.** 2, 342. — Die Anschuldigung, Schulden oder Rechtsgeschäfte erdichtet zu haben, muß dem Schuldner bewiesen werden. Er braucht nicht seinerseits die Wirklichkeit der Schulden und Rechtsgeschäfte zu beweisen. Die Worte „ganz oder theilweise" in die Fragestellung für die Geschworenen aufzunehmen, ist wesentlich, **RG.** 24, 433.

14) Zu Nr. 3, 4. Die Vorschriften unter Nr. 3 und 4 sind auch jetzt ihrem Inhalte nach nur auf **Kaufleute** anwendbar. Mot. 460. Außerdem ist vorausgesetzt, daß der Schuldner zur Führung von Handelsbüchern gesetzlich verpflichtet ist. Die Momente, die erforderlich sind, um die Zugehörigkeit zur Kaufmannschaft und die Verpflichtung zur Führung von Handelsbüchern zu entscheiden, gehören zum Thatbestande für Nr. 3 und 4. **RG.** 4, 120, 481.

Wer Kaufmann ist, ist nach H.G.B. §§ 1—4 zu entscheiden. Es gehören beispielsweise dazu: Apotheker, **RG.** 24, 426; Betreiber von Dampfwaschanstalten, **RG.** 22, 271; Agenten, Rechtspr. 6, 676. Dagegen begründet der Absatz selbstgewonnener Produkte (Molkerei, Steinbruch) keine Kaufmannschaft, **RG.** 26, 37; 28, 763, auch nicht das bloße, wenngleich gewerbsmäßige Vermitteln von Grundstücksverkäufen, **RG.** 25, 395; desgleichen nicht die Thätigkeit als Bauunternehmer, **RG.** 18, 263. Auch Maler sind keine Kaufleute, **RG.** 28, 58. Ferner ist wohl der Kauf von Holz auf dem Stamm aber nicht von Waldparzellen, die zum Abholzen erworben werden, ein Handelsgeschäft, **RG.** Rechtspr. 7, 189. Vgl. hierzu besonders die alphabetische Aufzählung bei Staub, Anm. 29 zu § 1 H.G.B.

Die Kaufmannschaft wird dadurch, daß der Kaufmann (Geschäftsinhaber) durch einen Andern (Kauffrau durch ihren Ehemann) handeln ließ, nicht verloren, **RG.** 6. Juni 1893, JW. 419. Andrerseits ist derjenige, der ein Kaufmannsgeschäft thatsächlich für sich selbst und nur zum Schein für einen Andern führt, im Sinne der §§ 209, 210 Nr. 2 zur Führung von Handelsbüchern verpflichtet, **RG.** 25, 121; 26, 187 auch wenn das Geschäft im Handelsregister zum Schein auf einen andern Namen eingetragen ist, **RG.** 19. Sept. 1895, JW. 573.

Außerdem gehören zu den Kaufleuten die Handelsgesellschaften, vgl. dazu § 244, soweit sie als juristische Personen in Betracht kommen. Von den physischen Personen, die

Digitized by Google

an einer Handelsgesellschaft betheiligt sind, gehören zu den Kaufleuten kraft dieser Theilnahme die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft, die Komplementäre einer Kommanditgesellschaft und einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, aber nur soweit das Gesellschaftsvermögen in Betracht kommt, RG. 29, 348; vgl. ferner 35, 84. Als Kaufmann gilt nach H.G.B. § 5 jeder, der ein Gewerbe betreibt und eine Firma ins Handelsregister hat eintragen lassen. Der Eingetragene darf nicht geltend machen, daß sein Gewerbe kein Handelsgewerbe sei oder daß er eigentlich zu den Minderkaufleuten gehört (Anm. 16 ff.). Diese Gebundenheit besteht aber nur „gegenüber demjenigen, welcher sich auf die Eintragung beruft". Es ist also nur eine civilistische Haftung begründet, die öffentlichrechtlichen Pflichten eines Kaufmanns sind einem fälschlich eingetragenen nicht auferlegt. Er gilt im Sinne des § 239 nicht als Kaufmann. Ebenso Staub Anm. 4 zu § 5. Auch Ehefrauen und Minderjährige können Kaufleute sein, Minderjährige aber nur mit Genehmigung ihrer gesetzlichen Vertreter, RG. 26, 93; 36, 357 Bei Wechsel der Gesetzgebung hat über die Frage, ob der Thäter Kaufmann ist, das zur Zeit der That geltende Handelsrecht zu bestimmen. RG. 35, 288.

15) Die **Verpflichtung, Handelsbücher zu führen,** ist dem Kaufmann im H.G.B. § 38 auferlegt. Von dieser Pflicht aber sind gemäß H.G.B. § 4 befreit die Minderkaufleute; vgl. Anm. 16 ff. Als thatsächliche Führung von Handelsbüchern ist nur eine solche anzusehen, die alle für den Stand des Vermögens erheblichen Thatsachen erkennen läßt, RG. 25, 36. Daß die für die Verpflichtung zur Führung von Handelsbüchern erforderlichen Momente vorliegen, insbesondere der Schuldner ein s.g. Vollkaufmann ist und nicht zu den, zur Führung von Handelsbüchern nicht verpflichteten, Minderkaufleuten des § 4 gehören, ist von Amtswegen zu prüfen und dem Angeschuldigten für Nr. 3 im Zweifelsfalle zu beweisen. Ein Irrthum darüber, ob Jemand zur Führung von Handelsbüchern verpflichtet ist, ist ein Rechtsirrthum, nicht ein Irrthum im Sinne des § 59 Str.G.B., RG. 5, 409; 8, 149; dagegen ist ein Irrthum des Schuldners über den Umfang seines Handwerks oder Gewerbebetriebs ein nach § 59 a. a. O. befreiender Thatsachenirrthum.

16) Zu den **Minderkaufleuten** gehören nach H.G.B. § 4 die Handwerker und die Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht. — Von den **Handwerkern** kommen als Minderkaufleute solche nicht in Betracht, die mit einer Firma im Handelsregister eingetragen werden mußten, weil ihr Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Sie sind mit ihrer Eintragung Vollkaufleute, auch wenn sie ohne Eintragung nur Handwerker sind. Ferner sind die Handwerker, deren Thätigkeit lediglich in der Uebernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung von Waaren für Andere besteht (H.G.B. § 1 Nr. 2) niemals Kaufleute, auch keine Minderkaufleute. Erst wenn ihr Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht, werden sie Kaufleute und damit zugleich Vollkaufleute, auf die also die Buchführungsvorschriften Anwendung finden. Dagegen aber sind alle die Handwerker Kaufleute, das heißt Voll- oder Minder-Kaufleute, deren Thätigkeit in der Anschaffung und Weiterveräußerung von beweglichen Sachen nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung besteht (H.G.B. § 1 Nr. 1). Ob sie lediglich als Handwerker oder aber als Kaufleute zu betrachten sind, wird nach denselben Grundsätzen zu entscheiden sein, nach denen sich, wenn H.G.B. § 1 Nr. 2 in Betracht kommt, der handwerksmäßige Betrieb von dem darüber hinausgehenden unterscheidet; vgl. Anm. 17. Schließlich kann ein Handwerker auch deshalb Kaufmann sein, weil er gleichzeitig mit dem nur handwerksmäßigen Betriebe Waaren anschafft und weiter veräußert. Hierüber vgl. Anm. 18.

17) Für die Abgrenzung zwischen **Fabrikant und Handwerker** ist nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts entscheidend, in welcher Weise das Geschäft eingerichtet ist; die Methode des Betriebes. Das RG. sagt wörtlich bei der Entscheidung über den Betrieb eines Brauers: „Ein seiner inneren Beschaffenheit nach handwerksmäßiger Betrieb wird dadurch nicht zu einem fabrikmäßigen, daß er in erheblichem Umfange geschieht und erhebliche Resultate liefert. Entscheidend dagegen ist an erster Stelle die Methode der

Digitized by Google

Herstellung der Arbeitsprodukte und für diese die Art der benutzten gewerblichen Hülfsmittel (Maschinen oder Werkzeuge), die Qualität, nach Befinden auch die Zahl des beschäftigten Hülfspersonals, der Grad der Ausnutzung der Arbeitstheilung, die Beschaffenheit der eigenen Arbeitsleistung des Gewerbsunternehmens, die Beschaffenheit der der Ausübung des Gewerbes dienenden Räumlichkeiten und ähnliche, dem Gewerbebetriebe als solchem die Signatur des handwerks- oder fabrikmäßigen Betriebes aufprägende Momente". RG. Rechtspr. 5, 488. Der Umfang und Ertrag eines handwerksmäßigen Betriebes kann sogar größer sein als der eines kaufmännischen. RG. 24, 80 (Schneider). Derselbe Grundsatz hat Ausdruck gefunden in den Entscheidungen 1, 379; Rechtspr. 8, 627 (Schneider); 24, 356 (Bäcker); 25, 3 (Brenner); 31, 128 (Schlächter); 34, 102 (Barbier); Rechtspr. 5, 233 (Korkschneider).

Im Gegensatze dazu will Staub, Anm. 3 zu § 4 H.G.B. entscheiden lassen, ob der Betrieb eine kaufmännische Organisation erfordert. Jedenfalls ist stets nach den konkreten Umständen zu entscheiden, und zwar nach den augenblicklich vorliegenden, nicht nach der Möglichkeit einer etwa zu erwartenden zeitweiligen Veränderung des Betriebes (Sommerbetrieb), RG. 33, 191.

18) Hat der Handwerker **einen kaufmännischen Nebenbetrieb**, so macht dieser ihn dann zum Kaufmann, wenn er dem Handwerk gegenüber eine gewisse Selbständigkeit beanspruchen kann. Ordnen sich die Handelsgeschäfte dem Handwerksbetriebe unter, liegen sie in Folge allgemeiner oder für maßgebend zu erachtender örtlicher Auffassung innerhalb der Grenzen handwerkmäßigen Betriebes, so kann man einen selbständigen Handelsbetrieb nicht annehmen, der Betreibende bleibt Handwerker. — Ist dagegen in Folge des Nebenbetriebes der Handwerker als Kaufmann zu betrachten, so ist weiter zu prüfen, ob der Handelsbetrieb nicht innerhalb des Umfangs des Kleingewerbes liegt und die Buchführungspflicht aus diesem Grunde wegfällt, RG. Rechtspr. 6, 694 (Kürschner). Vgl. Anm. 19.

19) Ob das Geschäft eines Kaufmanns nicht über den **Umfang des Kleingewerbes** hinausgeht, ist ebenfalls nach den konkreten Umständen zu entscheiden. Feste Abgrenzungen giebt es nach Reichsrecht nicht. Dagegen ist in H.G.B. § 4 Abs. 3 den Landesregierungen erlaubt, die Grenze des Kleingewerbes auf der Grundlage der nach dem Geschäftsumfange bemessenen Steuerpflicht oder in Ermangelung einer solchen Besteuerung nach anderen Merkmalen festzusetzen. Zum Kleingewerbe wird gerechnet das Gewerbe der Trödler und Hausirer, der Höker der kleinen Wirthe und kleinen Agenten, wogegen namentlich die größeren Restaurateure und Hotelwirthe zu den Vollkaufleuten zu zählen sind. RG. 20, 168, 388; 31, 108; Rechtspr. 9, 690; vgl. wegen der Gastwirthe, die nach altem Rechte durchweg nicht zu den Vollkaufleuten rechneten, RG. 25, 3, 36, 171.

20) Zu 3. **Unterlassen der Buchführung** liegt nicht nur bei vollständigem Fehlen von Büchern, sondern auch bei einer unvollständigen Buchführung vor. Für mehrere persönlich haftende Gesellschafter, deren jeder einzelne der Schuldner ist, der seine Zahlungen eingestellt hat, oder über dessen Vermögen das K.Verfahren eröffnet ist, entscheidet für die Anwendung der Nr. 3 die gesetzliche Pflicht, die jedem persönlich haftenden Gesellschafter obliegt; abweichende Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages, durch die einzelne Gesellschafter davon befreit sein sollen, befreien den mit Benachtheiligungsabsicht Betheiligten (s. Anm. 2), aber auch nur diesen, von der Strafe nicht und sind nicht zu berücksichtigen. Opp. R. 13, 578; 16, 88; 17, 393; vgl. für die abweichende Rechtslage bei mehreren Vorstandsmitgliedern Anm. 3 zu § 244. Wenn indeß nur thatsächlich Mehrere ein Kaufmannsgeschäft (ohne gemeinschaftliche Firma) betreiben und nur Einer von ihnen nach außen als Inhaber auftritt, so ist nur dieser zur Führung von Handelsbüchern (und zur Bilanzziehung nach § 240 Nr. 3) verpflichtet, und nur er stellt seine Zahlungen ein, nicht die anderen thatsächlichen Theilnehmer, RG. 24, 261. Die Pflicht zur Buchführung (nicht Aufbewahrung vgl. Anm. 21) besteht nur so lange, als die Kaufmannseigenschaft. A. M. RG. 4, 41, wo von dem früheren Kaufmann die Fortsetzung der Buchführung bis zur Abwickelung aller schwebenden Geschäfte verlangt wird. — An eine civilgerichtliche Entscheidung über die Eintragung in das Firmenregister oder überhaupt hinsichtlich der

Digitized by Google

Qualität des Kaufmanns ist der Strafrichter nicht gebunden; er hat selbständig zu entscheiden. Auch die Veranlagung zur Steuer ist nicht entscheidend. Opp. R. 14, 350. — Die Unterlassung der Führung von Handelsbüchern, ungeachtet der bestehenden Verpflichtung, ist praktisch von weit größerer Bedeutung für § 240 Nr. 2, als für § 239, wo sie nur in Verbindung mit dem Beweise, daß sie in der Absicht der Benachtheiligung der Gläubiger erfolgt ist, strafbar wird. Unterlassung und Unordentlichkeit der Buchführung aus Unkenntniß des Kaufmanns in der Buchführung oder aus seiner Unfähigkeit ist für § 239, abweichend von § 240, befreiend, da § 239 die Absicht der Benachtheiligung der Gläubiger voraussetzt

21) **Zu Nr. 4.** Auch für Nr. 4 ist es erforderlich, daß der Schuldner gesetzlich verpflichtet war, Handelsbücher zu führen. Alle von Nr. 4 betroffenen Handlungen, auch **das Vernichten oder Verheimlichen,** werden nur strafbar, wenn die übrig gebliebenen Handelsbücher nicht mehr die Vermögensübersicht gewähren. Die Vernichtung oder Verheimlichung einzelner hat hier, wie zu § 240 Nr. 2, wenn die übrigen zur Vermögensübersicht genügen, die Bestrafung nicht zur Folge. Opp. R. 13, 298. Eine absichtliche Einstellung falscher Werthe begründet eine strafbare vorsätzliche unordentliche Buchführung, RG. 13, 354; indeß ebenso, wie sonstige Unrichtigkeiten, nur wenn sie die Vermögensübersicht unmöglich machen, RG. 15, 174. Die Uebersicht muß jedoch dem Zwecke der Vorschrift entsprechend jedem sachverständigen Dritten zu gewinnen möglich sein; es genügt nicht, daß der G.Schuldner selbst aus dem Erhaltenen sich genügend informiren kann, RG. 4, 121; doch können andere Hilfsmittel, wie Handelskorrespondenz, Bilanz und Inventar hereingezogen werden, RG. 17, 301; Rechtspr. 8, 61; nicht aber einzelne Schriftstücke, Fakturen ꝛc., RG. 22. Sept. 1893, JW. 484. Zur Bestrafung reicht andererseits eine bloße Erschwerung der Vermögensübersicht nicht aus, sondern nur ihre Unmöglichkeit derselben. Besteht keine Verpflichtung zur Buchführung, so muß es auch dem Schuldner freistehen, geführte Bücher wieder zu vernichten. Ebenso Jäger Anm 39; a. M. Paul Klein Anm. 27. Wenn ein, zur Führung von Handelsbüchern verpflichtet gewesener Kaufmann seiner nach H.G.B. § 44 fortdauernden Verpflichtung zu ihrer Aufbewahrung nicht genügt oder sie vernichtet, verheimlicht oder die Erkennbarkeit des Vermögensstandes daraus beseitigt hat, so ist Nr. 4 auch dann anwendbar, wenn der Angeschuldigte zur Zeit der Strafthat nicht mehr Kaufmann ist, RG. 2, 50; 4, 41; 15, 64.

§ 240. (210.)

Schuldner, welche ihre Zahlungen eingestellt haben, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, werden wegen einfachen Bankerutts mit Gefängniß bestraft, wenn sie

1. durch Aufwand, Spiel oder Wetten oder durch Differenzhandel mit Waaren oder Börsenpapieren übermäßige Summen verbraucht haben oder schuldig geworden sind,
2. in der Absicht, die Eröffnung des Konkursverfahrens hinauszuschieben, Waaren oder Werthpapiere auf Kredit entnommen und diese Gegenstände erheblich unter dem Werthe in einer den Anforderungen einer ordnungsmäßigen Wirthschaft widersprechenden Weise veräußert oder sonst weggegeben haben,
3. Handelsbücher zu führen unterlassen haben, deren Führung ihnen gesetzlich oblag, oder dieselben verheimlicht, vernichtet oder so unordentlich geführt haben, daß sie keine Uebersicht ihres Vermögenszustandes gewähren, oder
4. es gegen die Bestimmung des Handelsgesetzbuchs unterlassen haben, die Bilanz ihres Vermögens in der vorgeschriebenen Zeit zu ziehen.

Digitized by Google

Neben der Gefängnißstrafe kann in den Fällen der Nr. 1, 2 auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann auf Geldstrafe bis zu sechstausend Mark erkannt werden.

E. I. 258. 259. 261. Str.G.B. 283. K.O.N.

1. Allgemeines.
2. Nr. 1: Uebermäßiger Verbrauch.
3. a) Aufwand.
4. b) Spiel und Wette.
5. c) Differenzgeschäfte.
6. Nr. 2: Mißbrauch des Kredits.
7. a) Absicht bei Nr. 2.
8. b) Entnahme auf Kredit.
9. c) Verschleuderung.
10. Zu Nr. 3 und 4: Verantwortlichkeit des Kaufmanns.
11. Zu Nr. 3: a) Buchführung.
12. b) Vernichtung von Handelsbüchern.
13. c) Ordnungsmäßige Buchführung.
14. Nr. 4: Bilanz.
15. Strafsatzung.

1) **Allgemeines.** Im § 240 ist **der einfache Bankerutt** behandelt, dessen Strafthat in der Herbeiführung der Zahlungseinstellung oder K.Eröffnung unter Begleitung einer der Handlungen oder Unterlassungen der Nr. 1—4 § 240, ohne die Benachtheiligungsabsicht des § 239, besteht. Darüber, daß stets nur eine Strafthat besteht, auch wenn mehrere Thatmomente der Nr. 1—4 zusammentreffen, daß bei gleichzeitiger Verletzung des § 239 und des § 240 nur nach der schwereren Norm bestraft werden kann, daß eine ursächliche Erwirkung der Zahlungseinstellung oder K.Eröffnung durch eins der Momente zu 1—4 nicht nachgewiesen zu werden braucht, daß das Delikt mit dem Zusammentreffen der Momente zu 1—4 mit der Zahlungseinstellung oder K.Eröffnung vollendet ist, ohne daß es erheblich ist, was daran zeitlich voran ging oder nachfolgte, sowie hinsichtlich der Anwendbarkeit der allgemeinen Grundsätze des Strafrechts, insbesondere der Verjährung gelten die allgemeinen Bemerkungen in Anm. 2—7 § 239. Ist ein Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft nach der K.Eröffnung über das Vermögen der Gesellschaft wegen unterlassener Buchführung oder Bilanz für die Gesellschaft nach § 240 Nr. 3, 4 bestraft, so schützt ihn dies nicht gegen nochmalige Bestrafung nach § 240 Nr. 3, 4, wenn über sein eigenes Vermögen Konkurs eröffnet wird und er dabei ebenfalls gegen § 240 Nr. 3, 4 verstößt; es sind zwei besondere Strafthaten, da es sich um verschiedene Vermögensmassen handelt. **RG. 11,** 5.

Die Bestrafung des einfachen Bankerutts beruht zwar auf dem gesetzgeberischen Gedanken, daß leichtsinnige, unordentliche Geschäftsführung in ursächlichem Zusammenhange mit dem Bankerutt stehen wird; aber das Gesetz verlangt einen solchen Zusammenhang der Thatmomente zu 1—4 für den Bankerutt nicht. Der einfache strafbare Bankerutt ist daher auch nicht ein Fahrlässigkeitsdelikt für eine durch die speziellen Handlungen fahrlässigerweise herbeigeführte Zahlungseinstellung; in wiefern die einzelnen Handlungen (Nr. 1—4) für die Strafbarkeit von Einfluß sind, je nachdem sie selbst absichtlich oder nur fahrlässig erfolgten, ist für die einzelnen Handlungen oder Unterlassungen konkret zu beurtheilen, nicht allgemein für das gesammte Delikt des § 240 einheitlich zu bestimmen. Es kann lediglich auf Fahrlässigkeit, indeß auch auf vorsätzlicher Thätigkeit beruhen. **RG. 4,** 418. Demgemäß ist auch Beihülfe (§ 49 Str.G.B.) zum einfachen Bankerutt möglich, wenn der Hülfeleistende den auf Entstehung des Delikts gerichteten Willen hatte und es sich nicht um Fahrlässigkeitsgründe, sondern um vorsätzliche Thätigkeit handelt, **RG. 16,** 277, und unter abweichender Normirung der betreffenden Thatbestandsmomente **RG.** 2. Juli 1895, JW. 562; ebenso Theilnahme, § 47 Str.G.B., **RG** 17. Dezbr. 1892, JW. 1893 S. 113. Vgl. auch Rechtspr. **9,** 546, **10,** 290, 487, 2. Okt. 1891, JW. 507. Immerhin müssen die Handlungen oder Unterlassungen, um behufs der Strafbarkeit angerechnet zu werden, auf einem Verschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) beruhen, **RG.** Plenum, **13,** 354; a. M. Jäger, Anm. 5, der jedes Verschulden für unerheblich hält. Richtig ist, daß der Wille des Thäters nicht auf die zukünftige Zahlungseinstellung oder K.Eröffnung gerichtet zu sein braucht, eine Zurechnung der That aber nach anderen als den für das Strafrecht allgemein gültigen Regeln ist nicht denkbar.

Digitized by Google

2) **Zu Nr. 1.** Die Bankerutthandlung der Nr. 1 enthält zwei Momente: a. Das Verbrauchen oder Schuldigwerden übermäßiger Summen und b. die Verursachung der Schulden durch Aufwand, Spiel, Wette oder durch Differenzhandel mit Waaren oder Börsenpapieren (ohne Rücksicht, ob hierdurch auch die Zahlungseinstellung oder K.-Eröffnung herbeigeführt ist). Ob ein **Uebermaß** der Ausgaben festgestellt werden muß, läßt sich nur im einzelnen Falle nach der Größe des vorhandenen Vermögens feststellen. RG. 14, 87, Rechtspr. 6, 470.

3) a. Einen **Aufwand** stellen übertriebene, d. h. für die Lebensverhältnisse des Schuldners das Maß des Nothwendigen und Ueblichen übersteigende Ausgaben, RG. 15, 309, aus dem Vermögen des Schuldners, wenn auch nur einmalige, gelegentliche, RG. 14, 221, 15, 314; Rechtspr. 10, 215, dar. Das Betreiben von Handelsspekulationen, deren Erfolg vom Zufall abhängt, ist an sich kein Aufwand, RG. 16, 238; aber der Begriff des Aufwandes ist nicht auf die Ausgaben für persönliche und Haushaltungs-Angelegenheiten beschränkt, sondern umfaßt auch die Ausgaben in geschäftlichem oder an sich sonst berechtigtem Interesse (Reklame, Ladenmiethe, Drucksachen, Geschäftseinrichtungen, Reisekosten, Bewirthung von Geschäftsfreunden, Aufwand zur Erhaltung des Kredits ꝛc.); auch hierfür ist übermäßig, was nicht im angemessenen Verhältnisse zu den Vermögensverhältnissen steht, RG. 7, 90, 29, 347; Rechtspr. 6, 383. Ein Mangel an Kontrolle im Haushalte des Schuldners (über Dienerschaft ꝛc.) entschuldigt nicht, ebensowenig daß der Aufwand von Familienmitgliedern getrieben ist; es ist Sache des Hausherrn, auch einen durch solchen Mangel entstehenden Aufwand nicht zu veranlassen, RG. 15, 309, 31, 151.

4) b. Als „**Spiel**" ist nur der civilrechtliche Spielvertrag zu verstehen, d. h. die Spielvereinbarung mehrerer Personen, die den Gewinn von festgestellten Bedingungen abhängig macht, RG. 15, 277. Nicht bloß Hazardspiel, auch gewöhnliches Karten- oder Würfelspiel und Lotteriespiel, wenn es übermäßige Ausgaben verursacht, ist darunter begriffen, RG. 27, 180. Daß das Spiel im Auslande geübt ist, ändert nichts an der Anwendbarkeit des § 240, wenn eine inländische Zahlungseinstellung erfolgt ist, die in Verbindung mit dem Spiele die Strafthat vollendet, RG. 16, 188. Die **Wette**, früher von dem Spiel geschieden, ist durch die K.O.N. mit Rücksicht auf die im BGB. § 762 vorgenommene Gleichstellung mit dem Spiel unter die Thatbestandsmerkmale des § 240 aufgenommen. Die Worte „mit Waaren oder Börsenpapieren" sind auf Spiel und Wette nicht zu beziehen, das Börsenspiel fällt vielmehr unter den Begriff des Differenzgeschäftes RG. 15, 277.

5) c. Das **Differenzgeschäft** setzt voraus, daß die Absicht nur auf Zahlung der Differenz, nicht auf wirkliche Lieferung gerichtet war. RG. Civ. 34, 82. Es genügt indeß, daß ein solches vom Schuldner gewollt und gethätigt ist, wenn auch der Mitkontrahent ernstliche Lieferung bezweckt hat, da nur in Frage ist, ob der Schuldner durch seinen Differenzhandel übermäßig schuldig werde, RG. 5. Febr. 1900, JW. 371. Gleichgültig ist auch, ob das Geschäft erst ernstlich gemeint und dann erst in ein Differenzgeschäft umgewandelt worden ist, RG. Rechtspr 4, 516, 8, 767. Ob das Differenzgeschäft civilrechtlich klagbar ist (vgl. R.O.H. 6, 224; 15, 273; 17, 41; RG. Civ. 12, 17; 30, 29, 214; Börsengesetz vom 22. Juni 1896; RG. Civ. 44, 103; 52, 254; 58, 366), ist für die Strafbarkeit nach § 240 unwesentlich, RG. 22, 12. Differenzhandel im Sinne der Nr. 1 kann auch durch ein einzelnes Differenzgeschäft betrieben werden; Prolongationen von Börsengeschäften stellen übrigens mehrere Geschäfte dar. Die Kompensation von Börsengeschäften durch früheren oder späteren Gewinn aus solchen hindert die Strafbarkeit nicht, da der Grund der Strafbarkeit in der Leichtfertigkeit des Schuldners liegt, Anm. 1 zu § 239; RG. 14, 80; 28. Okt. 1892, JW. 505; die Uebermäßigkeit der Summe kann deshalb durch Kompensation mit Gewinnen nicht beseitigt werden, RG. 22. Sept. 1893, JW. 484. — Börsenpapiere sind Papiere, deren Handel und Kursnotirung an der Börse zugelassen ist. RG. 17. Sept. 1894, JW. 541.

6) **Zu Nr. 2. Mißbrauch des Kredits.** Die Bestimmung ist durch die K.O.N. neu eingefügt. Sie fällt insofern aus dem Rahmen der übrigen Bankerutthandlungen

Digitized by Google

des § 240 heraus, als mit ihr eine Absicht verbunden sein muß, die einen zukünftigen Konkurs oder eine Zahlungseinstellung bereits in Erwägung zieht. Die Bestimmung gehört danach ihrem subjektiven Charakter nach eher zu der Strafbestimmung des § 241 (vgl. Anm. 1 zu § 241), ist aber mit den anderen Bankerutthandlungen des § 240, denen das subjektive Merkmal der Absicht fehlt, durch die gleiche Strafsanktion zusammengehalten.

7) a. Die Absicht der Nr. 2 muß dahin gehen, die Eröffnung des K.Verfahrens zu verschieben, nicht aber sie zu vermeiden. Doch wird der Umstand, daß eine Vermeidung durch die in Nr. 2 genannten Maßregeln offenbar unmöglich war, die Absicht der Vermeidung als ausgeschlossen erscheinen lassen müssen. Das Hinausschieben der K.Eröffnung wird häufig dem Zwecke dienen, gewisse Rechtshandlungen infolge Zeitablaufs der Anfechtung zu entziehen; doch ist ein solcher Zweck nicht Voraussetzung der Strafbarkeit. Ebenso ist gleichgültig, ob der Schuldner sich durch die Verschleuderung die Mittel zur Befriedigung des gerade mit dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens drohenden Gläubigers verschafft oder ob er überhaupt durch den Besitz von Baarmitteln den Anschein erwecken will, als sei eine Zahlungseinstellung nicht vorhanden und auch nicht zu erwarten. Ferner gehört zur Erfüllung des Thatbestandes nicht, daß dem Schuldner die Hinausschiebung der K.Eröffnung auch wirklich gelungen ist.

8) b. Die Verschleuderung muß Waaren oder Werthpapiere betreffen, die der Schuldner auf Kredit entnommen, das heißt, die er nicht bezahlt hatte, als er sie weiter veräußerte. Ein solches unwirthschaftliches Verhalten: die Begründung neuer Schulden, um in den Besitz unverhältnismäßig geringerer Baarmittel zu kommen, ist mit Strafe bedroht. Hatte deshalb der Schuldner die ursprünglich auf Kredit entnommenen Waaren zur Zeit der Veräußerung bereits bezahlt, so ist ihre Weiterveräußerung dem Sinne der Vorschrift nach keine Bankerutthandlung. Andererseits ist aber auch nach dem Wortlaut der Vorschrift erforderlich, daß die Waaren oder Werthpapiere zum Zwecke der Verschleuderung angekauft sind.

9) c. Die Vermögensgegenstände müssen erheblich unter dem Werthe und in einer den Anforderungen einer ordnungsmäßigen Wirthschaft widersprechenden Weise veräußert sein. Weder das eine noch das andere genügt für sich allein. Wenn der Schuldner also Waaren erheblich unter dem Werthe veräußert hat, weil die Konjunktur mit einer baldigen noch größeren Entwerthung droht, oder weil er berechtigter Weise den entsprechenden Zweig seines Geschäftes aufgiebt, so liegt ebensowenig eine Verschleuderung vor, wie wenn er in unwirthschaftlicher Weise Waaren zu ihrem augenblicklichen Werthe oder nicht erheblich darunter verkauft, obwohl er ihnen eine viel bessere Verwendung geben könnte. Die Worte „oder sonst weggiebt" sollen bezeichnen, daß durch § 240 Nr. 2 jede Handlung getroffen wird, durch die einer der bezeichneten Gegenstände der K.Masse wenn auch nur zeitweilig entzogen werden würde.

10) Zu Nr. 3 und 4. Verantwortlichkeit des Kaufmanns. Nr. 3 u. 4 sind ihrem Inhalte nach nur auf Kaufleute anwendbar. Es gilt deshalb das in Anm. 14 zu § 239 Gesagte. Es ist auch zur Strafbarkeit des einfachen Bankerutts nach § 240 Nr. 3, 4 nicht unbedingte Voraussetzung, daß der Schuldner noch zur Zeit der Zahlungseinstellung Kaufmann war; aber wenn er die Zahlungseinstellung nicht als Kaufmann thätigte, so ist zum Thatbestande nöthig, daß die Zahlungseinstellung mit solchen Schulden in Verbindung steht (und darin ihren Grund hat), die während des kaufmännischen Geschäftsbetriebes entstanden sind. RG. 2, 50; 15, 64. Sowohl die Führung von Handelsbüchern wie die Bilanzziehung setzen gewisse Fähigkeiten des Thäters voraus, die dem Schuldner entweder ganz oder vorübergehend fehlen. So das Erste, wenn ein Minderjähriger oder eine Ehefrau das ererbte Geschäft des Vaters oder Gatten weiterführen; das Zweite, wenn der Kaufmann durch Krankheit verhindert ist, die kaufmännische Leitung seines Geschäfts selbst zu führen. In beiden Fällen besteht zunächst auch für solche Schuldner die Verpflichtung zur Buchführung und Bilanzziehung. RG. 1, 49; 4, 420; Rechtspr. 2, 525; 4, 37, wie ihn auch die Unkenntniß seiner gesetzlichen Verpflichtung nicht schützt. Die Verpflichtung erhält aber der Sachlage entsprechend einen anderen Inhalt. Der Unfähige muß dafür

Digitized by Google

sorgen, daß die Pflichten, die er selbst nicht erfüllen kann, von einem sachkundigen Angestellten erfüllt werden. RG. Rechtspr. 7, 730; 18. Jan. 1889 JW. 102. Die Sorge erstreckt sich nicht nur auf die Anstellung sondern auch auf die Ueberwachung des Buchhalters, RG. 4, 421; 13, 241, erst wenn auch diese infolge Erkrankung oder aus anderen Gründen unmöglich ist, fällt die Verantwortung fort. Es erscheint dann nicht nur ein Verschulden als ausgeschlossen, man muß auch sagen, daß die gesetzliche Verpflichtung, Handelsbücher zu führen, und eine Bilanz zu ziehen unter solchen Umständen ganz aufhören kann. Doch ist bei einem kaufmännischen Schuldner, der in Folge mangelnden Verständnisses seine Pflichten auf einen Angestellten übertragen muß, zu verlangen, daß er auch für die Ueberwachung wieder Sorge zu tragen hat, und es ist nach der Lage des Falles zu unterscheiden, ob er alle Maßregeln so getroffen hat, daß man eine Leichtfertigkeit als ausgeschlossen ansehen kann. Ist dies aber der Fall, so ist auch das Unterlassen von Buchführung und Bilanz entschuldigt und man kann nicht, wie RG. 4, 420 thut, schon die Uebernahme eines zur Buchführung verpflichtenden Handelsgeschäfts an sich als ein Verschulden erklären.

Mehrere Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft oder mehrere Komplementäre einer Kommanditgesellschaft sind neben einander verpflichtet, doch kann sich der mit thatsächlichem Irrthum entschuldigen, der von seinem Mitgesellschafter über die Mängel der Buchführung so getäuscht ist, daß er sie nicht erkennen konnte. Ist laut Vereinbarung der Theilnehmer einer offenen Handelsgesellschaft einer von ihnen ganz oder so ausgeschieden, daß er nur noch stiller Theilhaber bleibt, so hört damit seine Verpflichtung (und selbst sein Recht) zur ferneren Führung der Bücher und Bilanzirung auf, selbst wenn die Eintragung in das Handelsregister unterblieben ist, die nicht nöthig ist zur Verbindlichkeit des Abkommens, RG. 13, 308; doch bleibt er für die Unregelmäßigkeiten, die vor seinem Ausscheiden liegen, verantwortlich, wenn sie noch bei der Z.E. oder K.E. in Betracht kommen. RG. Rechtspr. 1, 628.

11) **Zu Nr. 3 a. Buchführung.** Wegen der Verpflichtung zur Führung und Aufbewahrung von Büchern vgl. Anm. 15—19 zu § 239. Die Verpflichtung zur Buchführung für das Hauptgeschäft begründet auch die gleiche Verpflichtung für eine Zweigniederlassung, RG. 5, 407. Ob ein kaufmännisches Geschäft, das an sich zur Führung von Handelsbüchern verpflichtet, vom Schuldner nur als Nebengeschäft geführt wird, entbindet von der Verpflichtung nicht. RG. 4, 281. Wer neben seinem Hauptgeschäfte, für das er Handelsbücher führen muß, ein örtlich getrenntes Nebengeschäft betreibt, das für sich nicht die Führung von Handelsbüchern erfordert, braucht für dieses nicht Buch zu führen und hat nur die Ergebnisse, soweit sie auf das Hauptgeschäft Einfluß haben, in seinen Handelsbüchern klar zu legen, RG. 25, 170. Die Nichtbuchführung für ein früher aufgegebenes Kaufmannsgeschäft kommt nicht in Betracht, wenn zwischen diesem Geschäfte und der nunmehrigen Zahlungseinstellung keine Beziehung besteht, RG. 26, 385.

12) Ebenso unterliegt dem § 240 nicht jede **Vernichtung von Handelsbüchern** innerhalb der Frist des H.G.B. § 44, sondern nur eine Vernichtung zu einer Zeit, in der sie die Vermögensrechte der Gläubiger noch gefährden kann, was nach einem Zwangsvergleiche nicht immer anzunehmen ist, Rechtspr. 8, 451; RG. 22, 436; 3. Juli 1894, JW. 502. Die Vernichtung eines einzelnen Handelsbuchs kann als Beweis einer unordentlichen Buchführung bedeutsam werden, begründet aber für sich noch nicht den Thatbestand der Vernichtung der Handelsbücher, RG. 6. Juli 1894, JW. 502. Ob sie erst nach der K.Beendigung stattgefunden hat, bewirkt nach dem allgemeinen Grundsatze betreffs der Zeit der einzelnen Handlungen im Verhältnisse zur Zahlungseinstellung (Anm. 1 § 239) keine Befreiung von der Strafe. RG. 11, 386. Abw. RG. 9, 134. Daß der Schuldner an Stelle des vernichteten oder verheimlichten Handelsbuches eine (angeblich) wortgetreue Abschrift beibringt, begründet keine Straflosigkeit; jeder muß die Uebereinstimmung prüfen können; dies gilt auch, wenn sachgemäß von einem (theilweise) unleserlich gewordenen Buche eine Abschrift genommen ist; die Urschrift ist auch dann aufzubewahren. RG. 16, 426.

Digitized by Google

13) Was zur **ordnungsmäßigen Führung der Handelsbücher** gehört, ist für das Strafrecht in Uebereinstimmung mit H.G.B. § 38 Abs. 1 durch den Zweck bestimmt, daß sie eine (vollständige) Uebersicht des Vermögenszustandes gewähren müssen. Vgl. Anm. 15, 20 § 239. (A. M. Völderndorff zu e III). Dazu gehört auch die Vornahme der Abschreibungen nach H.G.B. § 40 Abs. 3, **RG. 13**, 454; die Aufbewahrung nach § 44 **RG. 15**, 64. Dagegen ist die Unterlassung der Führung eines Briefcopierbuchs (gegen § 38 Abs. 2) nicht strafbar, wenn sonst die Bücher die Uebersicht gewähren, **RG. 11**, 142, 161. Die formlose Führung (lose Zettel statt Bücher) kann auch durch einen Handelsgebrauch nicht gerechtfertigt werden, **RG. 17**, 301. Zeitlich muß zusammentreffen, daß zur Zeit der Zahlungseinstellung die Bücher keine Uebersicht gewähren; frühere unordentliche Buchführung macht nur strafbar, wenn die jetzigen Bücher wegen ihres Zusammenhangs mit den früheren unordentlichen Büchern keine Uebersicht gewähren. **RG. 5**, 415. Die allgemeine Feststellung im Urtheile, die Bücher seien so unordentlich geführt, daß sie keine Uebersicht gewähren, ist keine genügende Feststellung der thatsächlichen Momente; es ist anzugeben, welche Bücher nicht geführt sind und welche wesentlichen Mängel die geführten Bücher zeigen. **RG.** 2. Juli 1889, JW. 350.

14) **Zu Nr. 4.** Unter Nr. 4 wird das Zuwiderhandeln gegen die Vorschriften des H.G.B. § 39 ff. 10 **über das Ziehen der Bilanz** mit Strafe bedroht. Die Bilanz ist der Abschluß, der das Vermögen und die Schulden des Kaufmanns in einem bestimmten Zeitpunkte darstellt; ihr „liegt die Idee einer fingirten augenblicklichen allgemeinen Realisirung sämmtlicher Aktiva und Passiva zum Grunde, wobei jedoch davon ausgegangen werden muß, daß in Wirklichkeit nicht die Liquidation, sondern vielmehr der Fortbestand des Geschäfts beabsichtigt wird und daß daher bei der Ermittelung und Feststellung der einzelnen Werthe derjenige Einfluß unberücksichtigt zu lassen ist, welchen eine Liquidation auf dieselben ausüben würde." R.O.H. **12**, 15 ff., 19. Das Geschäftsjahr richtet sich nach der Eröffnung des Geschäfts, kann aber durch Zwischenbilanzen verlegt werden. **RG.** 21. Juni 1882, JW. 244; 15. Jan. 1889, JW. 103; 13. Dez. 1892, JW. 1893 S. 122. Auch die Eröffnungsbilanz d. h. die buchmäßige Feststellung des Vermögens bei der Eröffnung wird von § 240 betroffen, selbst wenn Vermögen nicht vorhanden ist. H.G.B. § 39. Sie ist auch dann nöthig, wenn ein Mitinhaber einer offenen Handelsgesellschaft das Geschäft allein übernimmt, **RG. 16**, 55; **26**, 222: ebenso für ein nach beendigtem frühern Konkurse eröffnetes neues Geschäft, wenn der Vermögenskomplex wesentlich geändert ist, **RG. 25**, 76. Durch die Eintragung des Einlagekapitals in die Handelsbücher kann die Eröffnungsbilanz nicht ersetzt werden, **RG. 22**, 439. Die Bilanzpflicht ist die handelsgesetzliche; die Nothwendigkeit der Aufstellung in jedem Jahre ist wörtlich zu nehmen. **RG. 2**, 30. War in einem Jahre kein Inventar aufzustellen (H.G.B. § 39 Abs. 3), so ist die Bilanz nach der letzten Inventur und sonstigen Hilfsmitteln aufzustellen, **RG. 1**, 422; Rechtspr. **2**, 32; **4**, 592. Fehlt es an einer jährlichen Inventur, trotz der Verpflichtung dazu, so tritt Strafbarkeit doch nur ein, wenn es in Folge dessen an einer Uebersicht gewährenden Buchführung fehlt. **RG. 30**, 170. Eine wahre Bilanz ist nur vorhanden, wenn sie eine sofortige, nicht erst durch Rechnungsoperationen zu ermittelnde, Uebersicht des Vermögens giebt, **RG. 15**, 174, 7. Dez. 1893, JW. 1894 S. 52; 20. Sept. 1895, JW. 573. Eine unrichtige Bilanzirung, deren Mangelhaftigkeit lediglich auf die Unordnung der ihr zu Grunde liegenden Bücher zurückzuführen ist, begründet nur Strafbarkeit wegen unordentlicher Buchführung, **RG. 15**, 174; Rechtspr. **4**, 594; **7**, 156; 10. Dez. 1891, JW. 1892 S. 144. Die Bilanz einer Aktiengesellschaft muß angeben, ob das gezeichnete Aktienkapital voll eingezahlt ist oder nicht, **RG.** 20. Sept. 1894, JW. 541. Die Unterschrift der Bilanz ist zur Beseitigung der Strafbarkeit nicht unbedingt nöthig; es würde dem Zwecke der Bilanz widersprechen, eine aufgestellte Bilanz lediglich wegen fehlender Unterschrift nicht gelten zu lassen; der Einfluß solcher Mängel ist nach dem Zwecke und den konkreten Umständen zu beurtheilen. **RG. 7**, 87; **8**, 424. Ist vorschriftsmäßig Bilanz gezogen, jedoch nicht aufbewahrt, so ist Nr. 3 nicht anwendbar, **RG.** 6. Juli 1892, JW. 419.

Digitized by Google

15) Die Strafsatzung ist durch die K.O.N. insofern verändert, als die in dem alten § 210 enthaltene alte Grenze von 2 Jahren fortgefallen, jetzt also Gefängnißstrafe bis zu 5 Jahren möglich und daneben für die Fälle Nr. 1, 2 der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte zugelassen ist und als man in Abs. 3 dagegen die Zubilligung mildernder Umstände ermöglicht hat. Die K.O.N. enthält also gleichzeitig eine Verschärfung und eine Milderung des Gesetzes. Es ist deshalb im Falle des Str.G.B. § 3, wenn nämlich die Begehung der That unter die K.O. von 1877, die Aburtheilung unter das jetzige Gesetz fällt, für jeden Thatbestand besonders zu prüfen, welches für ihn das mildere Gesetz ist. Es muß danach das Vorliegen mildernder Umstände jedesmal in Erwägung gezogen, bei einer Verneinung aber der alte § 210 in Anwendung gebracht werden. **RG. 33**, 187.

§ 241. (211.)

Schuldner, welche ihre Zahlungen eingestellt haben, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, werden mit Gefängniß bis zu zwei Jahren bestraft, wenn sie, obwohl sie ihre Zahlungsunfähigkeit kannten, einem Gläubiger in der Absicht, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, eine Sicherung oder Befriedigung gewährt haben, welche derselbe nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann auf Geldstrafe bis zu sechstausend Mark erkannt werden.

E. I. 259. P. 308. 340. K.O.N.

1. Allgemeines.
2. Subjekt der strafbaren Handlung.
3. Voraussetzungen der Strafbarkeit.
4. a) Zahlungsunfähigkeit.
5. b) Kenntniß der Zahlungsunfähigkeit.
6. c) Begünstigungshandlung.
7. Gläubiger.
8. Sicherung und Befriedigung.
9. Inkongruenz der Deckung.
10. d) Begünstigungsabsicht.
11. Theilnahme, besonders des Gläubigers.
12. Abs. 2.

1) Allgemeines.

Die Strafthat des § 241 stellt sich zunächst insofern als eine Abart des strafbaren Bankerutts dar, als auch bei ihr der Bankerutt, die Zahlungseinstellung oder die K. Eröffnung, erfolgt, also als Thatbestandsmerkmal vorhanden sein muß. Vgl. Anm. 3 zu § 239. Sodann aber enthält auch die Gläubigerbegünstigung in ihrem Erfolge eine Benachtheiligung aller oder einzelner Gläubiger, die zur Verfügung stehende Theilungsmasse wird zu Gunsten eines Einzelnen verringert. **RG. 6**, 95; **36**, 345 ff., 349. Trotzdem ist die besondere Strafsatzung des § 241 dadurch gerechtfertigt, daß sich das Verschulden des Thäters subjektiv als ein geringeres darstellt, und daß ein engerer Zusammenhang zwischen der Begünstigung des Gläubigers und der Zahlungseinstellung oder K.Eröffnung besteht als in den Fällen der §§ 239, 240. Rücksichtlich des Verschuldens wird das Bewußtsein des Schuldners bei der Tilgung einer Verbindlichkeit leichter einer gewissen Trübung unterworfen sein, und die Verbindung zwischen Gläubigerbegünstigung und Zahlungseinstellung ist durch die in § 241 geforderte Kenntniß von der eigenen Zahlungsunfähigkeit hergestellt; vgl. Anm. 5. Es gilt über die Vollendung des Delikts, das Zusammentreffen der durch § 241 bedrohten Strafthat mit den Bankerutthandlungen der §§ 239, 240 das in Anm. 4, 5 zu § 239 Gesagte; gegenüber der in § 239 Nr. 1 genannten Handlung — Beiseiteschaffen von Vermögensstücken — enthält § 241 die spezielle Vorschrift, die zur Anwendung zu gelangen hat. Vgl. Anm. 12 zu § 239.

2) Subjekt der strafbaren Handlung kann jeder Schuldner sein, der seine Zahlungen eingestellt hat, oder über dessen Vermögen das K.Verfahren eröffnet ist. Die Kaufmannseigenschaft wird nicht erfordert. § 244 findet Anwendung.

Digitized by Google

3) **Voraussetzungen der Strafbarkeit** sind außer der K.E. oder Z.E. die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners bei Begehung der That mit seiner Kenntniß davon und die Begünstigung eines Gläubigers.

4) a. **Die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners** kann sich bereits in der Zahlungseinstellung geäußert haben. In diesem Falle ist ein besonderer Beweis der Zahlungsunfähigkeit nicht zu führen, und nur festzustellen, daß der Schuldner seine Zahlungsunfähigkeit gekannt hat. Es ist auch möglich, daß der Schuldner nach der K.Eröffnung noch Verfügungen über sein zur Masse gehöriges Vermögen trifft. Solche Verfügungen, wenn auch nach § 7 ohne Weiteres den K.Gläubigern gegenüber unwirksam, stellen doch zwischen G.Schuldner und Gläubiger wirksame Rechtshandlungen dar und sind deshalb geeignet, dem Gläubiger eine Sicherung oder Befriedigung zu gewähren. Sie fallen deshalb unter § 241. Auch hier bedarf es keines besonderen Nachweises der Zahlungsunfähigkeit. — Z.E. oder K.E. aber müssen nicht etwa schon bei der Gewährung von Sicherung oder Befriedigung an einen Gläubiger vorliegen. Vielmehr braucht die Zahlungsunfähigkeit noch nicht in die Erscheinung getreten zu sein, wenn sie doch schon dem Schuldner bekannt ist. Ebenso Petersen-Kleinfeller, **RG. 3**, 191; **4**, 61; a. M. Jäger Anm. 5. Für die hier vertretene Ansicht spricht besonders, daß der § 241 sich seinem Wortlaute nach offenbar an die Vorschrift des § 30 Nr. 2 anschließt und daß dort gerade Rechtshandlungen, die einem Gläubiger Sicherung oder Befriedigung gewähren, auch dann anfechtbar sind, wenn sie nicht mehr als 10 Tage *vor* der Zahlungseinstellung vorgenommen sind. Die Zahlungsunfähigkeit muß aber, das ergiebt sich aus denselben Erwägungen, dem Sinne der Vorschrift entsprechend zu der die Vollendung der Strafthat bringenden Z.E. oder K.E. geführt haben. Ist sie nur vorübergehend gewesen, oder auch nur durch einen unerwarteten Glücksfall — Erbschaft, Lotteriegewinn — gehoben, und tritt später wieder ein Vermögensverfall ein, der nun zur Z.E. oder K.E. führt, so können jene während einer früheren Zahlungsunfähigkeit vorgenommene Handlungen nicht mit der Z.E. oder K.E. zu einer strafbaren Handlung zusammen verbunden werden.

5) b. **Die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit** muß dem Schuldner bewiesen werden. Dieser Nachweis ist ohne Weiteres erbracht, wenn die Begünstigungshandlung nach der K.Eröffnung vorgenommen ist. Liegt sie nach der Z.E., so ist damit zwar der Beweis der Kenntniß noch nicht ohne Weiteres gegeben, weil dem Schuldner das Bewußtsein, er könne nur augenblicklich nicht zahlen, es läge also nur eine Zahlungsverlegenheit, keine Zahlungsunfähigkeit vor, nicht ohne Weiteres abgesprochen werden kann,: in der Regel aber wird die Annahme nahe liegen, daß, wer zu zahlen in der Allgemeinheit aufgehört hat (Anm. 5 zu § 30), sich dieser Thatsache auch bewußt ist. Sogar der Umstand, daß innerhalb 10 Tagen vor der Zahlungseinstellung noch ein Gläubiger begünstigt ist, *kann* zum Nachweise der subjektiven Voraussetzung herangezogen werden. **RG. 3**, 191; **4**, 67. Dagegen genügt die Feststellung, daß der Schuldner seine Zahlungsunfähigkeit habe *kennen müssen*, nicht, **RG. 3**, 191.

6) c. **Die Begünstigungshandlung** besteht objektiv in der Gewährung einer Befriedigung oder Sicherung an einen Gläubiger, die dieser nicht oder nicht in der Art oder nicht in der Zeit beanspruchen konnte. Subjektiv hat dazu zu kommen die Absicht, den befriedigten oder gesicherten Gläubiger vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen.

7) **Die Gläubiger**, die begünstigt oder benachtheiligt werden, können nicht etwa nur (einschließlich der bedingt Berechtigten, Bürgen u. s. w., **RG. 15**, 90) K.Gläubiger sein. **RG. 16**, 407. Petersen-Kleinfeller abweichend **RG. 19**, 286; Jäger Anm. 6, 9. Soweit Absonderungsberechtigte in Betracht kommen, ist eine Begünstigung solcher als Nicht-K.Gläubiger nicht wohl denkbar, weil eine Befriedigung, die ihnen nicht auf Grund ihres unanfechtbaren Realrechts zusteht, sie als K.Gläubiger trifft und eine Rechtshandlung, die ihnen etwa ein Realrecht nimmt, sie wieder als K.Gläubiger zurückläßt. Der Schuldner kann aber Nicht-K.Gläubiger mit zur K.Masse gehörigen Vermögensstücken, K.Gläubiger mit nicht zur K.Masse gehörigen Werthen und schließlich Nicht-K.Gläubiger mit nicht zur K.Masse gehörigen Sachen befriedigt oder gesichert haben. Im ersten Falle liegt

Digitized by Google

unbedenklich eine Schädigung der K.Gläubiger vor, denen ein Theil der ihnen mit der K. Eröffnung gewidmeten Masse entzogen ist; die Beziehung zwischen der Schädigung und der K.Eröffnung ist hier klar. Der zweite Fall liegt vor, wenn der Schuldner Gegenstände, die er erst nach der K.Eröffnung erworben hat, in die Masse und nach ihrer Verwerthung zur Vertheilung an die K.Gläubiger gelangen läßt, so daß sie dem Zugriffe späterer Nichtkonkursgläubiger entzogen sind. Hier darf von einer Begünstigung der K.Gläubiger vor den Andern um deswillen nicht gesprochen werden, weil gegenüber den späteren Gläubigern eine strafbare Handlung erst durch eine sie angehende erneute Zahlungseinstellung oder K.Eröffnung vollendet werden kann. Das Gleiche gilt von dem dritten Falle, wenn Nichtkonkursgläubiger konkursfreies Vermögen des Schuldners erhalten. Es kommt deshalb nur darauf an, ob die Begünstigungshandlung in solcher Beziehung zu der K.Eröffnung steht, daß man beide als Merkmale desselben Thatbestandes betrachten kann. Nach demselben Grundsatze ist zu entscheiden, wenn nur eine Zahlungseinstellung vorliegt, ohne daß eine K.Eröffnung erfolgt wäre oder in Betracht käme.

8) Der Schuldner muß **eine Sicherung oder Befriedigung** gewährt haben, die der Gläubiger nicht zu fordern hatte. Hiermit *begünstigt* der Schuldner den Gläubiger. Leistungen mit unpfändbaren Gegenständen, auf deren Verwendung zur Tilgung seiner Forderung Niemand Anspruch hat, können eine Begünstigung nicht darstellen.

Eine Sicherung wird durch die Einräumung eines ausschließlichen oder vorzüglichen Rechtes auf Befriedigung aus einem bestimmten Gegenstande gewährt, namentlich also durch Pfandbestellung; ebenso wie diese bietet gleiche Sicherheit die Pfändung, die von dem Schuldner dadurch bewerkstelligt werden kann, daß er dem Gläubiger den Titel dazu verschafft. Doch muß auf Grund eines solchen Titels auch wirklich die Pfändung vorgenommen sein; die bloße Gewährung des Titels ermöglicht wohl, aber giebt noch nicht die Sicherung, RG. **20**, 301. Ist die Pfändung erfolgt, so ist es gleichgültig, ob bei ihr der Schuldner mitgewirkt hat, RG. **4**, 62; **5**, 116; **6**, 149; **20**, 301; **28**, 62; **30**, 46.

9) Die Sicherung und Befriedigung muß so sein, wie sie der Gläubiger zur Zeit ihrer Leistung nicht verlangen konnte, also eine sogenannte **inkongruente Deckung**. Vgl. hierüber Anm. 24 ff. zu § 30. Hierbei ist besonders hervorzuheben, daß ein Anspruch auf Befriedigung niemals den Anspruch auf Sicherung in sich schließt, RG. Civ. **10**, 33. Während also die Befriedigung einer fälligen Forderung niemals als Begünstigung angesehen werden kann, RG. **3**, 195; 28. März 1889, JW. 229, stellt die bloße Sicherung einer solchen Befriedigung nicht ein minus, sondern etwas Anderes der Art nach dar, als der Gläubiger zu beanspruchen hatte. Dagegen enthält eine Sicherung, auf die der Gläubiger Anspruch hatte, keine strafbare Begünstigung, mag die Absicht des Schuldners bei der Leistung auch auf eine solche gegangen sein, RG. **5**, 118. Vgl. RG. **3**, 195; **26**, 257 (Sicherungsanspruch des Wechselgläubigers); **30**, 73 (Anspruch des Bürgen). Ebenso wird die Gewährung einer Sicherung, die gleichzeitig mit der Begründung der Forderung für den Gläubiger erfolgt, durch § 241 nicht getroffen. Eine inkongruente Befriedigung liegt dann vor, wenn statt der bedungenen Leistung eine andere als Erfüllung angenommen wird, RG. **5**, 116 (Annahme von Mobilien statt Geld); **6**, 149 (Abschluß eines Kaufvertrags, bei dem die Schuld den Kaufpreis darstellt). Damit eine Gewährung von Sicherung und Befriedigung vorliegt, ist erforderlich, daß der Gläubiger sie auch wirklich erhalten hat. Dies ist nicht der Fall, wenn er sie nicht angenommen hat oder nicht hat annehmen können. Die rechtsungültige Uebertragung einer Sparkassenforderung an einen unzurechnungsfähigen Gläubiger ist also keine strafbare Gewährung einer Befriedigung. RG. **29**, 413.

10) Der Schuldner **muß in der Absicht** gehandelt haben, **den gesicherten oder befriedigten Gläubiger vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen**. Die Begünstigungsabsicht muß zu den übrigen Voraussetzungen hinzutreten. Sie genügt für sich allein nicht und ist unerheblich, wenn der Gläubiger die gewährte Befriedigung oder Sicherung verlangen konnte, oder wenn der Schuldner sich in dem thatsächlichen Irrthum befand, der Gläubiger könne sie verlangen (Str.G.B. § 59), RG. **17**, 223; **23**, 64; Rechtspr. **5**, 90; **6**, 708.

Digitized by Google

Der Schuldner muß in der Absicht gehandelt haben, den berücksichtigten Gläubiger durch Gewährung einer unberechtigten Sicherung oder Befriedigung vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen. Das Bewußtsein der unberechtigten Gewährung allein genügt nicht; der Wille muß zugleich darauf gerichtet sein, hierdurch die Begünstigung oder die Benachtheiligung der anderen Gläubiger herbeizuführen. RG. 7, 142; 17, 220; 24, 7; 255: 19. Nov. 1888, JW. 1889 S. 61, 18. Juni 1889, JW. 350. Für die zivilrechtliche Anfechtung aus § 30 Nr. 2 sind diese subjektiven Momente unwesentlich.

11) **Theilnahmehandlungen** sind in jeder Weise denkbar, vgl. RG. 9, 161, auch bei dem **begünstigten Gläubiger**. Eine besondere Strafbestimmung gemäß P. §§ 309, 341 gegen Gläubiger, die nach erlangter Kenntniß von der Zahlungseinstellung oder vom K.Antrage mit dem G.Schuldner zu ihrer Begünstigung und zum Nachtheil der übrigen Gläubiger kontrahiren, sollte, wie die Mot. 461 bemerken, abgesehen vom Stimmenkauf nach § 243, nicht getroffen werden, weil die Gläubiger, die nur ihr Recht verfolgten, lediglich civilrechtlich haftbar seien. In Betreff der Bestrafung des begünstigten Gläubigers ist nach der übereinstimmenden Rechtsprechung der Strafsenate des RG. und nach den Mot. der Begünstigte nicht schon auf Grund der Thatsache, daß er bei Kenntniß der Zahlungsunfähigkeit und der Begünstigungsabsicht des Schuldners die Begünstigung angenommen hat, als Theilnehmer des § 57 Str.G.B. anzusehen (RG. 2, 439; 20, 214), indeß nach §§ 48, 49 Str.G.B., falls deren Voraussetzungen durch sein Verhalten vorlagen und eine entsprechende aktive Thätigkeit stattfand, als Anstifter oder Gehülfe des Schuldners nach § 241 zu bestrafen. RG. Civ. 8, 92. RG. 4, 28; 5, 275 u. 436. A.M. Jäger, Anm. 23, Völderndorff zu IV. Demgemäß kann auch die landrechtlich gütergemeinschaftliche Ehefrau Gehülfin ihres Ehemannes nach § 49 Str.G.B. sein, RG. 9, 161. Eine Anstiftung kann durch bloße Rathsertheilung in der Regel nicht erfolgen und würde nur unter besonderen Nebenumständen (drängender Einwirkung oder persönlicher Beeinflussung) angenommen werden können, RG. 2. Nov. 1893, JW. 583.

12) **Abs. 2**, Zubilligung mildernder Umstände betreffend, ist von der R.Kommission mit Rücksicht auf besonders leicht gelagerte Fälle, insbesondere wenn gelieferte und nicht bezahlte Gegenstände auf Grund nachträglicher Vereinbarung vom zahlungsunfähigen Schuldner dem Gläubiger zurückgewährt wurden — gegen den Widerspruch der Regierung — hinzugefügt. Komm.Bericht S. 57.

§ 242. (212.)

Mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer

1. im Interesse eines Schuldners, welcher seine Zahlungen eingestellt hat, oder über dessen Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, Vermögensstücke desselben verheimlicht oder bei Seite geschafft hat, oder
2. im Interesse eines solchen Schuldners, oder, um sich oder einem Anderen Vermögensvortheil zu verschaffen, in dem Verfahren erdichtete Forderungen im eigenen Namen oder durch vorgeschobene Personen geltend gemacht hat.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe oder Geldstrafe bis zu sechstausend Mark ein.

E. I. 262. St.G. 282.

1. Inhalt der strafbaren Handlung.
2. Zusammenhang mit Z.E. oder K.E.
3. Begünstigungsabsicht.
4. Verhältniß zu § 239 Nr. 1, 2.
5. Objektive Handlungen zu Nr. 1.
6. Nr. 2.

1) **Der Inhalt der strafbaren Handlung** nach § 242 ist eine nicht vom Schuldner, sondern immer von anderen Personen begangene Verdunkelung der wahren Vermögenslage des Schuldners, die entweder durch Beiseiteschaffen von Vermögensstücken oder durch Anmelden erdichteter Forderungen erfolgt. Dieselbe Verdunkelung kann vom Schuldner

Digitized by Google

ausgehen und wird dann nach § 239 Nr. 1 und 2 bestraft. Für die Strafbarkeit des Dritten aber ist es unerheblich, ob sich der Schuldner derselben Strafthat schuldig gemacht hat.

2) Dagegen ist die Bestrafung des Thäters insofern an das Schicksal des Schuldners geknüpft, **als über dessen Vermögen das K.Verfahren eröffnet sein oder er die Zahlungen eingestellt haben muß.** Es ist in dieser Beziehung zwischen Nr. 1 und 2 zu unterscheiden. Während im zweiten Falle Forderungen „im Verfahren" geltend gemacht werden, nothwendiger Weise also schon ein Verfahren schweben muß (vgl. Anm. 6), verlangt die grammatische Interpretation im Falle 1 nicht, daß bei Begehung der That der Schuldner schon seine Zahlungen eingestellt hat oder G.Schuldner geworden ist. Auch logisch und vor allem strafpolitisch ist diese Nothwendigkeit nicht anzunehmen, weil die in § 242 mit Strafe bedrohten Handlungen häufig gerade kurz vor Eintritt des wirklichen Zusammenbruchs vorgenommen werden. Es ist also für die Strafbarkeit nach Nr. 1 weder nöthig, daß Z.E. oder K.E. eingetreten ist, noch daß der Thäter sie kennt. Da aber K.E. oder Z.E. Voraussetzungen der Strafbarkeit sind, so muß ihr Eintritt bei Begehung der That zum mindestens im Bereiche der Erwägungen des Thäters gelegen haben. Die That muß mit Rücksicht auf eine Z.E. oder K.E., oder mit Nichtberücksichtigung der Möglichkeit eines solchen Ereignisses begangen sein.

3) In beiden Fällen des § 242 gehört ferner zum Thatbestande, daß die Handlung **im Interesse des Schuldners,** oder im Falle 2 zum Zwecke der Verschaffung eines Vermögensvortheils für den Thäter oder einen Dritten vorgenommen worden ist. Damit ist als subjektives Merkmal die Begünstigungsabsicht gegeben. In dieser aber liegt zugleich die Absicht vor, die sonst in Betracht kommenden Personen, nämlich die Gläubiger, zu benachtheiligen. Ebenso Petersen-Kleinfeller Anm. 1; Jäger Anm. 4; a. M. die früheren Auflagen.

4) **Das Verhältniß des betrügerischen Bankerutts nach § 239 Nr. 1 und 2 zu der Strafthat des § 242** stellt sich danach wie folgt: befindet sich der Schuldner im Einverständniß mit dem Dritten, so daß sie gemeinschaftlich zum Zwecke der Benachtheiligung der Gläubiger Vermögensstücke beiseite geschafft oder erdichtete Forderungen aufgestellt und anerkannt haben, so liegt auf Seiten des Schuldners betrüglicher Bankerutt, bei dem Dritten aber sowohl die Strafthat des § 242 als die Theilnahme am betrüglichen Bankerutt vor, **RG. 21,** 291. Diese Theilnahme kann Anstiftung oder Beihülfe sein, die Mitthäterschaft ist ausgeschlossen, weil der Dritte nicht der in Konkurs gerathene Schuldner ist. Da aber eine Mitwirkung des G.Schuldners keineswegs immer vorzuliegen braucht, so enthält der § 242 nicht begrifflich den Thatbestand der Beihülfe zum betrügerischen Bankerutt und es liegt zwischen beiden Gesetzesverletzungen nicht Gesetzeskonkurrenz, sondern ideale Konkurrenz vor. **RG. 21,** 293. Andererseits kann der Schuldner, ohne sich zuerst des betrügerischen Bankerutts strafbar gemacht zu haben, durch Anstiftung oder Beihülfe Theilnehmer an der Strafthat des § 242 geworden sein.

Ferner ist eine Idealkonkurrenz zwischen § 242 und Str.G.B. § 257 möglich, **RG.** Rechtspr. 9, 684 ff.; es kommt hierbei stets die strengere Strafe des § 242 in Anwendung.

5) **Zu Nr. 1.** Wegen der **objektiven Handlungen zu Nr. 1,** Verheimlichen oder Beiseiteschaffen von Vermögensstücken des Schuldners vgl. Anm. 12 zu § 239. Ist die Absicht darauf gerichtet, das Interesse des Schuldners zu fördern, so ist es gleichgültig, ob dies wirklich gefördert wird; nöthig ist nur, daß die Handlungen im putativen Interesse des Schuldners vorgenommen werden.

6) **Zu Nr. 2.** Hier kann als subjektives Erforderniß statt der Absicht, den Schuldner zu begünstigen, die Absicht eintreten, sich selbst oder einem Anderen Vermögensvortheile zu verschaffen. — Daß die Forderung erdichtet sei, muß dem Angeschuldigten nachgewiesen werden, vgl. Anm. 13 zu § 239. — Ein „Geltendmachen" erfolgt schon durch die Anmeldung oder durch das Beanspruchen eines Stimmrechts, vgl. §§ 4, 63, 66. Die Worte „in dem Verfahren" beschränken Nr. 2 auf Handlungen, welche in dem K.Verfahren

Digitized by Google

oder in einem, durch die Zahlungseinstellung veranlaßten, Verfahren erfolgt sind, einschließlich des Vorverfahrens über die K.Eröffnung. Unrichtig ist es, lediglich ein K.Verfahren zu verstehen, da auch ein Verfahren z. B. nach § 105 K.O. oder §§ 872 ff. C.P.O. wegen eines Schuldners in Frage sein kann, der seine Zahlungen eingestellt hat, ohne daß Konkurs eröffnet ist. Ausgeschlossen sind jedoch außergerichtliche Verhandlungen, die im Gesetze nirgends mit der technischen Bezeichnung „Verfahren" begriffen werden.

§ 243. (213.)

Ein Gläubiger, welcher sich von dem Gemeinschuldner oder anderen Personen besondere Vortheile dafür hat gewähren oder versprechen lassen, daß er bei den Abstimmungen der Konkursgläubiger in einem gewissen Sinne stimme, wird mit Geldstrafe bis zu dreitausend Mark oder mit Gefängniß bis zu einem Jahre bestraft.

E. I. 263. P. 309. 341.

1. Subjekt der That.
2. Strafthat.
3. Besonderer Vortheil.
4. Abstimmung.
5. Theilnahme.

1) Stimmenkauf. Für den, im § 243 behandelten Stimmenkauf, verwandt mit der Bestechung, kann **Subjekt** jeder K.Gläubiger sein, der als solcher nach §§ 96, 97 stimmberechtigt ist oder sein kann. Es genügt, daß er K.Gläubiger ist, auch wenn er seine Forderung nicht angemeldet hat; es genügt auch, daß er als Gläubiger auftritt, auch wenn seine Forderung unbegründet ist, ebenso wenn seine Legitimation nur auf einer Scheinabtretung beruht (Strohmänner). Bölderndorff zu II., Sarwey-Bessert Anm. 1a; Petersen-Kleinfeller Anm. 1.

2) **Die Strafthat besteht** in dem Annehmen von Vortheilen und dem Annehmen eines Vortheilsversprechens für das Stimmen in gewissem Sinne; ohne Rücksicht darauf, wer verspricht oder gewährt, und ob dies vor oder nach der K.Eröffnung geschehen ist, vorausgesetzt jedoch, daß eine K.Eröffnung überhaupt erfolgt ist, ohne die ein Abstimmen unmöglich ist. Ein Versprechen oder Annehmen für Stimmenthaltung, also für Nichtstimmen, fällt nicht unter § 243. Ein Versprechen aber, stets im Interesse des Schuldners oder eines bestimmten anderen Gläubigers zu stimmen, erfüllt den Thatbestand des Stimmenkaufs oder besser Stimmenverkaufs. Ebenso Petersen-Kleinfeller Anm. 2. Das Vergehen ist vollendet mit der Annahme des Versprechens oder Vortheils, gleichgültig ob es zur Abstimmung wirklich gekommen ist. Abw. Bölderndorff zu § 213. Dies ergiebt schon die deutliche Fassung des Gesetzes, auch die ratio legis, die den Stimmenkauf bestrafen will und für die es gleichgültig ist, ob eine beeinflußte Abstimmung stattgefunden hat. Das Vergehen wird für das Versprechenlassen dadurch vollendet, daß das Versprechen für die künftige Abstimmung gegeben und vom K.Gläubiger unter ausdrücklicher oder stillschweigender Zusicherung der Abstimmung angenommen wird, RG. 12, 122. Entsprechend gilt das Gleiche für die Gewährung und Annahme eines Vortheils.

3) Es müssen **besondere Vortheile** sein, die dem Gläubiger versprochen oder gegeben sind. Darunter sind nicht nothwendig Geld oder andere Vermögensvortheile zu verstehen, es braucht nicht ein Kauf im Rechtssinne vorzuliegen, vielmehr genügt jeder Vortheil, den der Gläubiger nicht schon auf Grund seiner Forderung ohne Rücksicht auf die Abstimmung zu verlangen hat. Vgl. RG. 6, 194; 17, 296; 28. Okt. 1890, JW. 425. Der Hinweis auf die Vortheile, die eine bestimmte Abstimmung für den Gläubiger mit sich bringt, ist nicht das Versprechen eines besonderen Vortheils.

4) Das Vergehen, von besonderem Gewicht beim Zwangsvergleiche, betrifft jede **Abstimmung** bei Beschlußfassungen von Gläubigern, indeß auch nur wirkliche Abstimmungen, für die ein Mehrheitsbeschluß in Frage ist, nicht das dem Gläubiger freistehende Geltendmachen der Rechte des Einzelnen im Prüfungsverfahren, bei Einwendungen gegen die

Digitized by Google

Rechnung des Verwalters, bei Vertheilungen u. s. w. Ueber die civilrechtlichen Folgen betreffs des Gegebenen oder Versprochenen entscheidet das bürgerliche Recht.

5) Wenn das Versprechen vom G.Schuldner oder von Dritten ausgeht und der Gläubiger von diesen bestimmt wird, so ist eine **Theilnahme des G.Schuldners oder des Dritten** am Delikte des Gläubigers im Sinne des § 56 Nr. 3 Str.G.B. möglich. Wenn der Gläubiger das Versprechen oder die Gewährung des Vortheils fordert und den G. Schuldner dazu bestimmt, so tritt eine Theilnahme des G.Schuldners nicht ein; eine eigene Handlung des G.Schuldners ist im § 243 nicht unter Strafe gestellt. **RG. 12**, 122.

§ 244. (214.)

Die Strafvorschriften der §§ 239—244 finden gegen die Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft und gegen die Liquidatoren einer Handelsgesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft, welche ihre Zahlungen eingestellt hat, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, Anwendung, wenn sie in dieser Eigenschaft die mit Strafe bedrohten Handlungen begangen haben.

E. I. 260. 264.

1. Analoge Anwendung der Strafbestimmung.
2. Subjekt der That.
3. Mehrere Vorstandsmitglieder.

1) **Die Vorschriften der §§ 239 - 241** finden auf die Vorstandsmitglieder und Liquidatoren nicht unmittelbar Anwendung, weil sie nicht selbst Schuldner, sondern nur deren Vertreter sind. **RG. 16**, 121. In gleicher Weise ist dieselbe Bestimmung des § 244 auf die Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach § 83 Ges. v. 20. April 1892 und durch § 112 Priv.Vers Ges. auf den Vorstand einer Versicherungsgesellschaft anwendbar erklärt; desgleichen schon durch § 6 Einf.Ges. zu K.O. betreffs der dort bezeichneten bayrischen Vereine und Gesellschaften. Die im § 244 und im Ges. betr. Gesellschaft mit beschränkter Haftung § 83 genannten Personen sind außer den Vorschriften der K.O. auch den Strafbestimmungen des Depotgesetzes, §§ 10, 11 unterworfen; Depotges. § 12 Abs. 2. Auf die Mitglieder des Vorstandes einer juristischen Person oder eines Vereins, der als solcher verklagt werden kann (§ 213), findet dagegen § 244 keine Anwendung. § 213 bestimmt ausdrücklich nur die Anwendung der §§ 207, 208, nicht aber des § 244.

Vgl. ferner die Strafbestimmungen des H.G.B. §§ 315, 325, des Gen.Ges. § 148 (E.G. zu K.O. § 3 Abs. 1), des Ges. betr. Gesell. m. b. H. § 84 (E.G. § 5 Nr. 2).

2) **Die Strafbarkeit** trifft jeden Einzelnen, für den die betreffenden sonst für den einzelnen Schuldner nöthigen Strafvoraussetzungen zutreffen, das heißt sobald er eine der Bankerutthandlungen in seiner Eigenschaft als Vorstandsmitglied u. s. w. vorgenommen hat, und nur dann. Durch Billigung oder Genehmigung Anderer, einer Generalversammlung oder des Aufsichtsraths, wird sie nicht ausgeschlossen. Sie trifft jeden, der durch erfolgte und angenommene Wahl zur Stellung eines Vorstandsmitglieds gelangt und als solcher mit der Verwaltung der Vorstandsgeschäfte betraut ist, ohne Rücksicht, ob er die Gesellschaft nach außen zu vertreten hat, und ohne Rücksicht auf Mängel der Wahl und der Qualifikation, **RG. 12**, 78; **16**, 269; auch nachdem er aufgehört hat, dem Vorstande anzugehören; ebenso auch die stellvertretenden Vorstandsmitglieder, indeß nur für die, während ihrer Funktion als Vorstandsmitglieder vorgekommenen, mit Strafe bedrohten Handlungen, **RG 12**, 78. Die einseitige Niederlegung der Vorstandsstellung befreit nicht von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit. Für die Anwendbarkeit gegen Liquidatoren macht die Art der Handelsgesellschaft keinen Unterschied. Aber offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften sind von der Anwendung des § 244 überhaupt ausgeschlossen. Sofern in diesen keine Liquidation erfolgt, ist eine Ausdehnung der Strafbarkeit, wie sie für die Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft oder einer ein-

Digitized by Google

getragenen Genossenschaft bestimmt ist, nicht nöthig. Die Theilhaber einer offenen Handelsgesellschaft und die persönlich haftenden Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft sind nach §§ 239—241 unmittelbar als G.Schuldner strafbar, die Zahlungseinstellung oder K.Eröffnung mag das Gesellschafts-Vermögen oder ihr Privatvermögen betreffen. Sonstige Vertreter, Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte, unterliegen der direkten Bestrafung nicht, können vielmehr nur als Theilnehmer oder Gehülfen betheiligt sein.

3) **Mehrere Vorstandsmitglieder** sind jedes insoweit verantwortlich, als bei dem einzelnen die Benachtheiligungsabsicht vorliegt. Ist sie nicht Erforderniß der Strafbarkeit, so sind — wie bei Buchführung und Bilanzziehung — alle Mitglieder neben einander verantwortlich. Sind aber die Funktionen des Vorstandes derartig unter ihnen vertheilt, daß jedes Mitglied nur bestimmte Befugnisse hat, so z. B. wenn der technische und kaufmännische Betrieb völlig von einander getrennt sind, so kann der einzelne nicht für die in den Bereich des anderen fallenden Verfehlungen strafrechtlich haftbar gemacht werden. Dies ergiebt sich daraus, daß für die strafrechtlich nicht zu fassende Gesellschaft deren Organ verantwortlich gemacht ist, daß aber ein Vorstandsmitglied nur so weit Organ ist, als die Gesellschaft durch ihn handelt. Bei einem Großbetriebe muß es ausgeschlossen erscheinen, daß ein einzelner alle Handlungen für die Gesellschaft vornimmt und diese Unmöglichkeit findet ihren Ausdruck in der statutenmäßigen Vertheilung der Geschäfte zwischen einzelnen Vorstandsmitgliedern. Petersen-Kleinfeller Anm. 4, Jäger Anm. 10; RG. 12, 78; a. M. RG. 13, 125 (vereinigte Straff.); Staub Anm. 2 zu § 239 H.G.B.

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Kaiserlichen Insiegel.

Gegeben Berlin, den 10. Februar 1877.

(L. S.) **Wilhelm.**

Fürst v. Bismarck.

Zu der K.O.N.

Urkundlich unter Unserer Höchsteignen Unterschrift und beigedrucktem Kaiserlichen Insiegel.

Gegeben Straßburg i. E., den 17. Mai 1898.

(L. S.) **Wilhelm.**

Fürst zu Hohenlohe.

Digitized by Google

Einführungsgesetz zur Konkursordnung

vom 10. Februar 1877.

Wir **Wilhelm**, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen 2c.

verordnen im Namen des Deutschen Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesraths und des Reichstags, was folgt:

§ 1.

Die Konkursordnung tritt im ganzen Umfange des Reichs gleichzeitig mit dem Gerichtsverfassungsgesetze in Kraft.

Die K.O. ist am 1. Oktober 1879 in Kraft getreten (E.G. z. V.G. § 1), gleichzeitig G.V.G., C.P.O., Str.P.O., Rechtsanw.O., Anfecht.Ges. v. 21. Juli 1879, Ges. über Konsulargerichtsbarkeit v. 10. Juli 1879 (abgeändert durch das Gesetz vom 7. April 1900), Ger.Kost.Ges. v. 18. Juni 1878 u. die Geb.Ordnungen für Rechtsanw., für Gerichtsvollz. u. für Zeugen u. Sachverst.; in Helgoland am 1. April 1891 laut Verordnung v. 22. März 1891, R.G.Bl. S. 21, vgl. Reichsges. v. 15. Dez. 1890, R.G.Bl. S. 207 und preuß. Ausf.-Ges. v. 18. Febr. 1891, G.S. S. 11; preuß. Verord. v. 22. März 1891, G.S. S. 39; in den deutschen Schutzgebieten nach den, gemäß der Reichsges. v. 17. April 1886 und 15. März 1888 erlassenen Kaiserlichen Verordnungen, vgl. Wilmowski-Levy Anm. 1a zu § 13 G.V.G. und Busch **11**, 157; **12**, 197; **14**, 214; **15**, 544; **17**, 274.

§ 2.

Gesetz im Sinne der Konkursordnung und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm.

Die gleiche Bestimmung enthalten § 7 E.G. z. St.P.O. und § 12 E.G. z. C.P.O. Sowohl für das *materielle* Recht (K.Recht), als für die Grundsätze hinsichtlich des *Verfahrens* ist in den Reichsjustizgesetzen jede mit staatlicher, ausdrücklicher oder stillschweigender Genehmigung geltende objektive „Rechtsnorm" unter dem Begriffe: „Gesetz" verstanden, ohne Rücksicht, ob die Rechtsnormen die materiellen oder formalen Rechte betreffen, der Reichs- oder Landesgesetzgebung (soweit dies überhaupt anwendbar ist), dem geschriebenen Rechte oder dem ungeschriebenen (dem Gewohnheitsrechte, den Handelsgebräuchen im Sinne des Art. 1 des alten H.G.B.) angehören; ebenso ohne Rücksicht, ob sie zu den Fundamentalgrundsätzen eines Rechtssystems oder zu den Spezial- und Neben-Bestimmungen, Ausnahmevorschriften gehören, oder Folgerungen aus einer oder der andern Klasse darstellen. Vorausgesetzt ist die reichs- oder landesverfassungsmäßige Erlassung und Publikation des geschriebenen Rechts oder die verbindliche Geltung des ungeschriebenen. Dernburg **1**, §§ 16, 18, 19.

§ 3.

Die den Konkurs betreffenden Vorschriften der Reichsgesetze werden durch die Konkursordnung nicht berührt.

Digitized by Google

Aufgehoben werden:

1. die Vorschriften des § 51 des Gesetzes, betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, vom 4. Juli 1868, sowie die im § 48 desselben Gesetzes bestimmte Zuständigkeit des Handelsgerichts;
2. die Vorschriften der §§ 13—18 des Gesetzes, betreffend die Gewährung der Rechtshülfe, vom 21. Juni 1869;
3. die Vorschriften der §§ 281—283 des Strafgesetzbuchs.

Der Artikel 80 der Wechselordnung wird dahin abgeändert, daß die Verjährung auch nach Maßgabe des § 13 der Konkursordnung unterbrochen wird.

Die Verjährung zu Gunsten eines zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens ausgeschiedenen oder ausgeschlossenen Genossenschafters (§ 64 Abs. 1 des Gesetzes vom 4. Juli 1868) wird auch durch Anmeldung der Konkursforderung unterbrochen.

1) Ueber die Aufrechterhaltung der Vorschriften des H.G.B. vgl. Anm. zu §§ 4, 25, 30 Nr. 2, 32, 49 Nr. 8, 51, 75, 117, 212, 244; über den Einfluß des Konkurses auf bürgerliche, politische und Ehrenrechte vgl. Vorb. vor § 202; über Kautionen von Reichsbeamten: Ges. v. 2. Juni 1869 § 11 Abs. 2, vgl. Anm. 5 zu § 127. — Gemäß Verordn. v. 29. Dez. 1867 betr. die Einführung des preuß. Militärstrafgesetzbuches, B.G.Bl. S. 185 ff., 297 § 47 soll in Konkursen über das Vermögen von Militärpersonen das K.Gericht die Thatsachen, die auf strafbaren Bankerutt schließen lassen, dem zuständigen Militärgerichte mittheilen.

2) Zu Nr. 1 betr. eingetragene Genossenschaften und deren Mitglieder vgl. Genoss.Ges. v. 20. Mai 1898 (zwischen § 208 und § 209 abgedruckt).

3) Zu Nr. 2. Rechtshülfegesetz vgl. Einl. § 4. Soweit der Inhalt der §§ 13 bis 18 des Rechtshülfegesetzes v. 21. Juni 1869, B.G.Bl. S. 305 nicht durch die Allgemeingeltung der K.O. im Deutschen Reiche und durch G.B. §§ 157—169 bez. durch §§ 39, 57 der K.O. gedeckt wird, sind die Vorschriften der §§ 13—18 aufgehoben, um nicht gemäß E.G. § 3 Abs. 1 sonst neben den Vorschriften der K.O. außer dem bürgerlichen Rechte noch besondere K.Vorschriften zu sanktioniren. Insbesondere soll ein besonderer Gerichtsstand für die Geltendmachung der Rechte an beweglichen Sachen nach § 16 Abs. 1 jenes Ges. (neben C.P.O. § 21, K.O. § 71) nicht aufrecht erhalten bleiben, und ein Partikular- oder Spezialkonkurs nicht nach § 18 Abs. des cit. Ges., sondern nur nach § 238 eröffnet werden. Der § 17 Abs. 1 ist aufgehoben, um nicht den mißverständlichen Schluß zu rechtfertigen, daß das Zurückbehaltungsrecht aus § 17 auch denjenigen Pfandgläubigern und Retentionsberechtigten gesichert sei, denen fortan ein Absonderungsrecht im Konkurse versagt ist. Mot. 465.

Der § 19 des Rechtshülfegesetzes ist aufrecht erhalten, ist aber im Wesentlichen durch den Grundsatz absorbirt, daß ohnehin zufolge der allgemeinen Geltung der C.P.O. und des G.B. im Deutschen Reiche die Rechtskraft der Entscheidung in einem Bundesstaate oder die Rechtshängigkeit vor einem seiner Gerichte überall die gleiche Geltung hat, soweit es sich um ordentliche streitige Gerichtsbarkeit handelt. Außerhalb einer solchen behält indeß § 19 noch seine Bedeutung für die Entscheidungen und die Rechtshängigkeit bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten vor besonderen (anderen als den ordentlichen) Gerichten. Vgl. Einl. § 4.

4) Zu Nr. 3. Strafbestimmungen vgl. §§ 239, 240, 242.

5) Abs. 3 ist gegenstandslos geworden. § 80 der Wechselordnung und § 13 K.O. sind aufgehoben, vgl. E.G. z. H.G.B. Art. 8 Nr. 2, B.G.B. § 209 Abs. 2.

6) Abs. 4 war bereits durch das Ges. v. 1. Mai 1889 § 153 mit dem 1. Okt. 1889 aufgehoben. Er ist jetzt durch B.G.B. § 209 Abs. 2 ersetzt.

Digitized by Google

§ 4.

Aufgehoben werden die Vorschriften der Landesgesetze über Konkurs-, Falliments-, Gant-, Debit-Verfahren, über gerichtliche, zur Abwendung oder Einleitung eines solchen Verfahrens dienende Stundungs- und Nachlaßverhandlungen, konkursmäßige Einleitungen, Vermögensuntersuchungen, über die Rechtswohlthat der Güterabtretung und die landesherrliche oder gerichtliche Bewilligung einer allgemeinen Zahlungsstundung, sowie über das Konkursrecht, insoweit nicht in der Konkursordnung auf dieselben verwiesen oder bestimmt ist, daß sie nicht berührt werden.

Aufgehoben werden die Strafvorschriften, welche rücksichtlich des Konkurses in den Landesgesetzen enthalten sind.

1) Alle landesgesetzlichen Vorschriften, die das Verfahren (im Konkurse oder zur Einleitung oder Abwendung eines Konkurses) betreffen, sind aufgehoben, auch wenn sie in den landesgesetzlichen Rechtsquellen nicht als Theil des K.Verfahrens behandelt sind; desgleichen alle Vorschriften über die Rechtswohlthat der Güterabtretung und General-Moratorien. Die Spezial-Moratorien sind gleichzeitig durch § 14 Nr. 4 E.G. z. C.P.O. abgeschafft. Dagegen sind die Rechte, die Jemand aus einer bereits früher erfolgten Güterabtrennung erworben hat (benef. comp.), wohlerworbene Rechte und nicht aufgehoben. RG. 6, 147; vgl. RG. 21. Sept. 1893, JW. 506; 18. Okt. 1894, JW. 578.

2) Die landesgesetzlichen Vorschriften (Gesetz in dem Umfange des § 2 E.G.) über das Konkursrecht sind aufgehoben, und zwar hier, wie in Betreff des Verfahrens ohne Rücksicht, ob die Vorschriften in K.Ordnungen, Prozeßgesetzen, bürgerlichen Gesetzbüchern oder anderen Rechtsquellen enthalten sind. Ueber den Umfang des Begriffs des K.Rechts vgl. Vorbem. vor § 1. Ueber den Einfluß auf Staatsverträge vgl. Anm. 3 zu § 5 und Anm. zu § 237. Durch § 4 sind namentlich auch die früheren Vorschriften über Anfechtung (Code civil art. 788) aufgehoben. RG. 17, 317; 28, 135. Ueber den Wegfall der Vorschriften über die Rechtswohlthat der Kompetenz vgl. Anm. 1 zu § 164.

§ 5.

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Lehen, Stammgüter oder Familienfideikommisse betreffen.

1) Vgl. § 52 K.O.

2) Der § 5 enthielt früher noch die Worte:

die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Nichtbefolgung der Vorschriften über die Anzeige des zwischen dem Gemeinschuldner und seinem Ehegatten bestehenden Güterrechts unter Strafe stellen.

Sie sind infolge der Regelung des ehelichen Güterrechts im B.G.B. (vgl. §§ 1431, 1435) aufgehoben durch das E.G. K.O.N. Art. II Nr. 1.

§ 6.

Die Bestimmungen der §§ 207, 208, 244 der Konkursordnung finden auf registrirte Gesellschaften, welche auf Grund des bayrischen Gesetzes vom 29. April 1869, betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschaftsgesellschaften, bestehen, entsprechende Anwendung.

Die Gesellschaft wird in dem Konkursverfahren durch den Vorstand oder die Liquidatoren vertreten. Ein Zwangsvergleich findet nicht statt.

K.O.N.

Der § 6, der auch bei der Neuregulirung der eingetrag. Genoss. im Ges. v. 1. Mai 1889 § 153 aufrecht erhalten ist, betraf in seiner Fassung von 1877 zweierlei Personen-

Digitized by Google

vereinigungen des bayer. Rechts: die „Vereine" d. i. privatrechtliche Vereine, die nicht Erwerbs-, sondern Wohlthätigkeits-, Bildungs-, Unterhaltungs-Zwecke und dgl. verfolgen, unter gerichtlicher Anerkennung ihrer Statuten Rechtsfähigkeit erlangen und als Organe einen Vorstand, Aufsichtsrath und Generalversammlung haben, und die „registrirten Gesellschaften" d. i. Erwerbs- und Wirthschafts-Gesellschaften, bei denen die Solidarhaft statutenmäßig ausgeschlossen ist und die Mitglieder nur mit Einlagen und wiederkehrenden Beiträgen haften. Bayer. Ges. vom 29. April 1869. Auf die Vereine, die nach dem E.G. z. K.O.N. gestrichen sind, findet jetzt, soweit sie anerkannt sind, § 213 K.O. Anwendung. Was die registrirten Gesellschaften betrifft, so wurde durch das Reichsges. vom 23. Juni 1873, R.G.B. S. 146, das Reichsgenossenschaftsgesetz v. 4. Juli 1868 in Bayern eingeführt und auf die seit dem 1. August 1873 gegründeten eingetragenen Genossenschaften wurden dort auch die §§ 195—197, 214 und für die, nach dem 1. Oktober 1889 eröffneten Konkurse das Genoss.Ges. v. 1. Mai 1889 direkt anwendbar. „Registrirte Gesellschaften" können sich seit dem 1. August 1873 nicht mehr bilden. Dagegen bleiben nach § 2 Ges. v. 23. Juni 1873 für die bis zum 1. August 1873 gebildeten „registrirten Gesellschaften" die Bestimmungen des bayer. Ges. v. 29. April 1869 maßgebend. Auf diese „registrirten Gesellschaften" finden die Vorschriften des Buches II. Tit. 8 nach ihrem Wortlaute keine direkte Anwendung. Wegen der Aehnlichkeit der Verhältnisse mit Aktiengesellschaften und Genossenschaften sollten §§ 207, 208, 244 und § 196 a. F. entsprechend anwendbar sein. Mot. 569, 470. Prot. 135. An Stelle des § 196 K.O. a. F., der aufgehoben ist, ist sodann der Abs. 2 durch das E.G. K.O.N. hinzugefügt.

§ 7.

In Ansehung der Landesherren und der Mitglieder der landesherrlichen Familien sowie der Mitglieder der Fürstlichen Familie Hohenzollern finden die Bestimmungen der Konkursordnung nur insoweit Anwendung, als nicht besondere Vorschriften der Hausverfassungen oder der Landesgesetze abweichende Bestimmungen enthalten.

Das Gleiche gilt in Ansehung der Mitglieder des vormaligen hannoverschen Königshauses, des vormaligen Kurhessischen und des vormaligen Herzoglich Nassauischen Fürstenhauses.

K.O.N.

Die gleichen Bestimmungen enthalten E.G. z. G.V.V. § 5, E.G. z. C.P.O. § 5, E.G. z. Str.P. § 4. — Abs. 2 ist neu und entspricht dem E.G. z. C.P.O.N. Art. 57 Abs. 2.

§ 8.

Ein vor dem Tage des Inkrafttretens der Konkursordnung eröffnetes Konkursverfahren ist nach den bisherigen Gesetzen zu erledigen.

Der Landesgesetzgebung bleibt vorbehalten, die Konkursordnung auf die Erledigung der vor dem Inkrafttreten der Konkursordnung anhängig gewordenen Konkurssachen für anwendbar zu erklären und zu dem Zwecke Uebergangsbestimmungen zu erlassen.

§ 8 ist in seiner Bedeutung veraltet. So weit er noch in Betracht kommen kann, vgl. dazu die Anm. zu Art. V E.G. z. K.O.N.

§ 9.

In einem am Tage des Inkrafttretens der Konkursordnung oder nach diesem Tage eröffneten Konkursverfahren finden die Bestimmungen der Konkursordnung über die Anfechtung von Rechtshandlungen auf eine vor dem bezeichneten Tage vorgenommene Rechtshandlung Anwendung, sofern nicht

Digitized by Google

dieselbe nach den Vorschriften der bisherigen Gesetze der Anfechtung entzogen oder in geringerem Umfange unterworfen ist.

1) Zu §§ 9—17. Die im Folgenden dargelegten Grundsätze gelten auch für das Verhältniß der K.O.N. zur K.O. und durch sie zu dem vor Inkrafttreten der K.O. geltenden Rechte. Auf die nach dem Inkrafttreten der K.O. (oder am Tage des Inkrafttretens) eröffneten Konkurse finden alle Vorschriften über das Verfahren (Buch II.) unbedingte Anwendung; die Strafvorschriften (Buch III.) mit der Beschränkung des Str.G.B. § 2 Nr. 2, daß „bei Verschiedenheit der Gesetze von der Zeit der begangenen Handlung bis zu deren Aburtheilung das mildeste Gesetz anzuwenden" ist, ohne Rücksicht darauf, ob das jetzt aufgehobene frühere Gesetz ein Reichs- oder Landesgesetz ist. Vom ersten Buche sind die Vorschriften der §§ 1—28, 57—70 ebenfalls unbedingt auf die später eröffneten Konkurse anwendbar, weil sie die durch die K.Eröffnung begründeten Wirkungen dieses Aktes enthalten. Demgemäß findet die Rangordnung des § 61 auch in Betreff der früher entstandenen Forderungen Anwendung, RG. 17, 41. Die Frage nach der Anwendbarkeit der §§ 10, 11 K.O. auf Prozesse, die vor dem 1. Oktober 1879 anhängig geworden, ist nicht mehr praktisch.

Über die Anwendbarkeit der Vorschriften der §§ 43—46 führen die Mot. aus: Erweiterungen die von früheren K.Vorschriften über das außer einem Konkurse gesetzliche Vindikationsrecht hinaus für den Fall eines Konkurses statuirt sind, insbesondere also Aussonderungsrechte, die über den Inhalt des § 44 hinaus dem Verkäufer behufs der Rückforderung aus einem Konkurse früher bewilligt sind, fallen als Privilegien, die nicht mehr anerkannt werden, für künftige Konkurse fort. Die Erweiterungen dagegen, die in den §§ 44, 46 über frühere K.Vorschriften hinaus festgesetzt sind, können in allen künftigen Konkursen geltend gemacht werden; die K.Gläubiger und der Verwalter in ihrem Interesse können hiergegen nicht die Unanwendbarkeit dieser Bestimmungen einwenden, denn durch sie ist ihr Anspruch auf das Vermögen des G.Schuldners schon mit der K.Eröffnung beschränkt. Die Beschränkungen, die vom bisherigen K.Rechte den Eigenthümern bei Vindikation ihres Eigenthums auferlegt wurden und die die K.O. nicht anerkennt (so insbesondere die den Ehefrauen früher auferlegten Beschränkungen z. B. P. §§ 88—94) kommen fortan für künftige Konkurse in Wegfall; die K.Gläubiger und der Verwalter können solche früher zu Gunsten der K.Gläubiger aufgestellten Privilegien nicht mehr für sich geltend machen. „Dagegen würden die Beschränkungen der Konkursordnung, soweit sie nicht schon bei dem Erwerb der Eigenthumsrechte in Geltung waren, auf diese nicht zurückgreifen können. Indessen wird die einzige Beschränkung der K.O., die im § 37 (a. F.) der Ehefrau auferlegte Beweispflicht, im Grunde für kein Rechtsgebiet als eine Neuerung zu erachten sein (vgl. Mot. zu § 37 S. 180)." Mot. 471. Vgl. Prot. 135. Daß Letzte muß allerdings namentlich auch für das preuß. Recht anerkannt werden. Die Beschränkung des § 45 ist nicht größer, sondern geringer, als die Beschränkungen, die die P. §§ 88 bis 93 (und A.G.O. I. 50 §§ 312—326) der Ehefrau für die Vindikation im Konkurse auferlegten. Die in der P. §§ 88 ff. allein zulässigen Vindikationsgründe setzen sämmtlich den Nachweis eines Erwerbes aus eigenen Mitteln und nicht aus Mitteln des Mannes voraus. Sofern übrigens § 45 gegenüber dem Rechte, das zur Zeit des Eigenthumserwerbs galt, eine neue Beschränkung einführte, würde § 45 der Ehefrau nicht entgegengesetzt werden können und zwar mit Rücksicht auf § 9 des E.G. Denn in Wirklichkeit statuirt § 45 für den Konkurs ein Anfechtungsrecht der K.Gläubiger oder des Verwalters für sie, das gegen ein an sich civilrechtlich gültig erworbenes Eigenthum der Ehefrau in dem Falle gerichtet ist, wenn sie den Beweis des § 45 nicht führt. Hierin liegt die von Hullmann Anm. 1 vermißte Begründung für das sofortige Inkrafttreten der K.O. Die entgegenstehende Ansicht würde gegen die allgemeinen und auch den §§ 8 ff. E.G. zu Grunde liegenden Rechtsgrundsätze wohlerworbene materielle Rechte rückwirkend in Frage stellen. Der Gegengrund von Petersen-Kleinfeller (3. Aufl.) Anm. I. (Schluß), daß es sich nur um die Beweislast handle, und hierüber die Gesetze zur Zeit der Entscheidung maß-

Digitized by Google

gebend seien, verkennt die Tragweite des § 45. Für ihn ist entscheidend nicht bloß, daß die Ehefrau ihren Erwerb erweisen muß, sondern was nach dem § 45 außer den sonstigen civilrechtlichen Bedingungen ihres Eigenthumserwerbs zur Gültigkeit ihres Erwerbes oder zur Gewinnung des Rechts auf Aussonderung, also in der Sprache der K.O.: „den K. Gläubigern gegenüber" nöthig ist und was sie in Folge dessen beweisen muß.

2) Aus den in Anm. 1 angegebenen Gründen sind besondere Vorschriften über die Anwendung auf vergangene Handlungen und erworbene Rechte nur gegeben für die Anfechtungen im § 9, für Aufrechnungen im § 10, für Absonderungsrechte und Vorrechte in den §§ 11—17. Die Bestimmungen sind systematisch derartig redigirt, daß die sofortige Anwendung auf die nach der Gesetzeskraft eröffneten Konkurse als selbstverständlich für alle diejenigen Vorschriften der K.O. vorausgesetzt ist, für die nicht ausdrücklich eine Abweichung festgesetzt oder zugelassen ist. Vgl. Mot. zu §§ 9—17.

3) Der § 9 entspricht inhaltlich dem Abs. 2 des § 14 A.G., der — zwar nicht ausdrücklich aufgehoben — aber in der neuen durch den Reichskanzler erlassenen Bekanntmachung des Gesetzes vom 20. Mai 1898 als ohne jede Bedeutung fortgelassen ist. Vgl. Art. VIII E.G. z. K.O.R. Es könnte die Frage nach dem Einflusse des vor der K.O. geltenden Anfechtungsrechts nur in einem noch jetzt schwebenden Anfechtungsprozeß aufgeworfen werden, der in einem vor dem 1. 1. 00 eröffneten Konkurse begonnen, eine Rechtshandlung zum Gegenstande hat, die vor dem 1. 10. 1879 vorgenommen ist. Für einen solchen Fall sei der gesetzgeberische Gedanke des § 9 hervorgehoben.

Der Grund für die im § 9 über die Konkursanfechtung aufgestellten Grundsätze liegt darin, daß das K.Anfechtungsrecht im Konkurse seine Begründung und seinen Ursprung hat. In der für den Konkurs sanktionirten Gestaltung beruht es auf dem Befriedigungsrechte der K.Gläubiger gegen einen Erwerber der entweder unter bewußter Verletzung der Gläubigerrechte oder rechtlos gegenüber den Gläubigern zufolge der posttiven Bestimmungen der K.O. erworben hat. Vgl. Vorbem. 1 vor § 29. Daraus folgt, daß die Anfechtung gegen einen Erwerber unstatthaft ist, der zu seinem Erwerbe zur Zeit und unter den Umständen dieses Erwerbes berechtigt war, daß dagegen abgesehen von einem solchen wohlerworbenen Rechte das Recht der Konkurszeit hinsichtlich der Zulässigkeit und der Voraussetzungen der Anfechtungen maßgebend ist. Demgemäß stellt § 9 den Grundsatz auf, daß das zur Zeit der K.Eröffnung, nicht das zur Zeit der Rechtshandlung geltende Recht über die Anfechtbarkeit, deren Umfang, Wirkung, Form, Zeitdauer und subjektive Legitimation auch bei den früher erfolgten Rechtshandlungen entscheidet. Ob sie früher nach den bisherigen Gesetzen hätten angefochten werden können, ist unerheblich. Nur das von der K.O. gewährte Anfechtungsrecht kann geltend gemacht werden, aber auch die Anfechtung überhaupt kann gegen das wohlerworbene Recht des Dritten dann nicht geltend gemacht werden, wenn der Dritte zur Zeit seines Erwerbes nach damaligem Gesetze unanfechtbar erworben hat. Mot. 472.

4) Nach der Fassung des Gesetzes ist die Anwendbarkeit des Gesetzes auf frühere Rechtshandlungen die Regel und die Berufung des Dritten auf sein wohlerworbenes Recht die Ausnahme, für die ihm das Gesetz einen Einwand gewährt. Dies Verhältniß von Regel und Ausnahme bestätigen auch die Mot. 472 als beabsichtigt. Demgemäß hat der Verwalter nur die Anfechtungsvoraussetzungen nach der K.O. zu beweisen und es ist Sache des Anfechtungsgegners, einwandsweise die Unanfechtbarkeit seines Erwerbs als Ausnahme nachzuweisen.

§ 10.

In einem am Tage des Inkrafttretens der Konkursordnung oder nach diesem Tage eröffneten Konkursverfahren finden die Bestimmungen der §§ 50, 55 Nr. 3, 56 der Konkursordnung auf eine vor dem bezeichneten Tage abgetretene oder erworbene Forderung Anwendung, sofern nicht die

Digitized by Google

bisherigen Gesetze eine Aufrechnung zulassen oder eine Verpflichtung zum Schadensersatze nicht oder in geringerem Umfange begründen.

Die §§ 54, 55 Nr. 1, 2 finden nach dem 1. 10. 1879 in allen Konkursen unbedingte Anwendung; die Erweiterungen, die § 54 über frühere Aufrechnungsbestimmungen für den Konkurs hinaus bestimmt, aus demselben Grunde, wie die Erweiterungen des Vindikationsrechts in §§ 44, 46 (Anm. 1 zu E.G. § 9) und die Vorschriften des § 55 Nr. 1, 2, weil sie die erst nach der K.Eröffnung entstandenen Aufrechnungsbefugnisse betreffen. Die im § 55 Nr. 3 bestimmte Unzulässigkeit einer Aufrechnung und die in §§ 50, 56 bestimmten Entschädigungspflichten beruhen auf dem Anfechtungsrechte und es sind deshalb dieselben Grundsätze des § 9 für darauf anwendbar erklärt. Mot. 472. Die Vorschrift wird ebenfalls kaum noch praktisch werden.

§ 11.

In einem am Tage des Inkrafttretens der Konkursordnung oder nach diesem Tage eröffneten Konkursverfahren finden die Bestimmungen der Konkursordnung und dieses Gesetzes über abgesonderte Befriedigung auf Pfand- und Vorzugsrechte Anwendung, wenngleich dieselben oder die Forderungen vor dem bezeichneten Tage erworben sind.

Der § 11 hat die doppelte Bedeutung; positiv: daß die Absonderungsrechte, die die K.O. gewährt (§§ 47—52) allen darin bezeichneten Ansprüchen zukommen, auch wenn die Rechte oder die Forderungen schon vor dem Inkrafttreten der K.O. entstanden sind, — was hinsichtlich des § 49, vgl. Anm. 1 dazu, auch dann gilt, wenn ihnen in den bisherigen K.Vorschriften ein Absonderungsrecht nicht eingeräumt war; negativ: daß gemäß § 4 die nach früheren K.Gesetzen bestandenen Absonderungsrechte in späteren Konkursen keine Anwendung mehr finden, soweit sie nicht in der K.O. aufrechterhalten sind. Insbesondere sind die Vorrechte der gemeinrechtlichen generellen oder speziellen, nicht durch Besitz oder Grundbuchseintragung geschützten, Hypotheken für alle späteren Konkurse aufgehoben. Kohler S. 683, 684. Es ist als Bedürfniß des Verkehrs und der einheitlichen Einführung der K.O. empfunden, die gemeinschädlichen Einrichtungen prinzipiell zu beseitigen. Von dieser Aufhebung der bisherigen Rechte sind der Landesgesetzgebung in §§ 12, 13 Ausnahmen insoweit zugestanden, als sie innerhalb bestimmter Grenzen Vorrechte im Sinne des § 61 gestatten kann. Absonderungsrechte dagegen kann auch die Landesgesetzgebung nach §§ 12, 13 nicht aufrecht erhalten und auf diese findet die K.O. in einem späteren Konkurse daher unbedingt Anwendung. Mot. 473 ff. Prot. 136. Die praktische Bedeutung auch dieser Vorschrift ist für die Zukunft gering.

§ 12.

Insoweit Pfand- und Vorzugsrechte, welche vor dem Tage des Inkrafttretens der Konkursordnung auf Grund eines Vertrages, einer letztwilligen Anordnung oder einer richterlichen Verfügung erworben oder in Bankstatuten den Banknoteninhabern rechtsgültig zugesichert sind, zufolge der Bestimmungen der Konkursordnung und dieses Gesetzes ihre Wirksamkeit verlieren, kann die Landesgesetzgebung für die Forderung des Berechtigten ein Vorrecht vor allen oder einzelnen der im § 61 der Konkursordnung bezeichneten Forderungen gewähren.

Ist das Pfand- oder Vorzugsrecht auf einzelne bewegliche Gegenstände des Schuldners beschränkt, so kann das Vorrecht nur in Höhe des Erlöses derselben gewährt werden.

Digitized by Google

Das durch die vorstehenden Bestimmungen vorbehaltene Vorrecht kann nicht gewährt werden für ein zwei Jahre nach dem Inkrafttreten der Konkursordnung eröffnetes Konkursverfahren, wenn nicht das Vorrecht dadurch erhalten wird, daß dasselbe bis zum Ablaufe der zwei Jahre zur Eintragung in ein öffentliches Register vorschriftsmäßig angemeldet ist. Der Erlaß von Vorschriften über die Einrichtung solcher Register, sowie über die Anmeldung und Eintragung der Forderungen bleibt der Landesgesetzgebung vorbehalten.

1) Die Landesgesetzgebung kann den vertragsmäßigen, testamentarischen oder durch richterliche Verfügung begründeten, vor dem Inkrafttreten der K.O. erworbenen generellen oder speziellen Pfand- und Vorzugsrechten (also nicht den bisher gesetzlichen), die ihre Wirksamkeit zufolge der K.O. verlieren, ein Vorrecht hinsichtlich der Rangordnung der Gläubiger in der gesammten K.Masse gestatten. Die Erhaltung eines Pfandrechts, also eines Absonderungsrechts, das sie von der Einlassung in den Konkurs befreite, und das sie außerhalb des K.Verfahrens geltend machen könnten, ist ausgeschlossen (§ 2 Reichsverf.). Vorausgesetzt wird, daß vor der Gesetzeskraft der K.O. nach den damaligen gesetzlichen Vorschriften rechtsgültig ein Pfand- oder Vorzugsrecht durch Vertrag, durch letztwillige Verordnung oder durch richterliche Verfügung für den Betheiligten oder dessen Rechtsvorgänger schon erworben war. Ein Vertrag, der eine solche Erwerbung nur erst in Aussicht stellte, ein Testament, das erst nach der K.Eröffnung eröffnet oder wirksam wird, und ein Urtheil, das eine richterliche Verfügung zulässig macht, genügen nicht; überhaupt nicht ein den Erwerb vorbereitender Akt, wenn zur Zeit der Gesetzeskraft der K.O. noch irgend etwas zur Vollendung des Erwerbes fehlte.

2) In Folge des § 39 a. F., der die Rangordnung der Ansprüche aus der Immobiliarmasse der Landesgesetzgebung zuwies und von der K.O. unberührt ließ, konnten als durch die K.O. unwirksam werdend nur Pfand- und Vorzugsrechte am gesammten Vermögen oder an einzelnen beweglichen Sachen in Frage kommen. Daß das Vorrecht am gesammten Vermögen, einschließlich der erst nach dem 1. Oktbr. 1879 zu machenden Erwerbungen und nicht bloß in den früher erworbenen Vermögensgegenständen gewährt werden konnte, ist nicht zu bezweifeln, RG. 10, 41.

3) Um für den Fall der Zwangsvollstreckung außerhalb des Konkurses gegenüber der Pfändung (C.P.O. § 804) solchen früher erworbenen Rechten die gleiche Berücksichtigung zu gewähren, wie ihnen im § 12 gegenüber der K.Eröffnung gewährt ist, ist im § 23 E.G. z. C.P.O. der Landesgesetzgebung gestattet, insoweit Pfand- oder Vorzugsrechte, die vor dem 1. Oktober 1879 auf Grund eines Vertrages, einer letztwilligen Anordnung oder einer richterlichen Verfügung erworben sind, gegenüber einem Pfandrechte, das durch eine Pfändung nach dem 1. Oktober 1879 begründet wird, zufolge des § 804 Abs. 2 C.P.O. ihre Wirkung verlieren würden, für die Forderung des Berechtigten das bisherige Vorrecht zu gewähren. Die Frage ist, wie sich diese hiernach zulässigen Vorrechte zu den im Konkurs geltend zu machenden Rechten verhalten. Sie kam namentlich in Preußen betreffs der Ehefrauen hinsichtlich der gleichen Bestimmung des § 13 E.G. (vgl. Anm. 3 dazu) und in beiden Mecklenburg (Schwerin und Strelitz) zur Sprache. In beiden Mecklenburg ist von beiden Befugnissen gemäß § 12 E.G. z. K.O. und gemäß § 23 E.G. z. C.P.O. Gebrauch gemacht. Im § 18 der meckl. Ausf.V. z. K.O. v. 26. Mai 1879 ist für die früher erworbenen, unserem § 12 entsprechenden Pfandrechte, die durch die K.O. ihre Wirksamkeit verlieren, an Stelle des verlorenen Pfandrechts ein Vorrecht vor den im § 61 Nr. 6 bezeichneten Forderungen gewährt. Ebenso ist auf Grund des § 23 E.G. z. C.P.O. in der meckl. Ausf.V. z. C.P.O. v. 21. Mai 1879 § 52 für die gleichen früher erworbenen Pfandrechte, die gegenüber einem späteren Pfändungspfandrechte aus § 804 C.P.O. ihre Wirksamkeit verlieren, der Forderung „das bisherige Vorrecht gewährt". Behält nun eine auf diese Weise dem Pfändungspfandrecht gegenüber außerhalb des Konkurses geschützte vertragsmäßige, vor dem 1. Oktober 1879 erworbene Generalhypothek (der häufigste Fall der

Digitized by Google

Kollision) das Vorrecht vor der Pfändungsforderung im Erlöse der gepfändeten beweglichen Sachen auch dann, wenn Konkurs eröffnet wird, also im Konkurse? Die Frage ist in der Entsch. des RG. 2, 93 absolut und namentlich auch für das Verhältniß des Pfändungsgläubigers zu dem mit dem „bisherigen Vorrechte" sonst ersten Gläubiger verneint worden, weil dadurch ein unstatthaftes Absonderungsrecht für den Konkurs geschaffen würde, und weil die C.P.O. und § 23 nicht sedes materiae für den Konkurs seien. Die Entscheidung verkennt und vermischt indeß die Rechtsverhältnisse der verschiedenen Interessenten zu einander. Der Gläubiger aus § 23 und aus dem darauf gegründeten Landesrecht (§ 52 meckl. E.G.) erlangt in Folge des § 23 allerdings kein Absonderungsrecht für den Konkurs; dies kommt aber auch für den Prozeß zwischen ihm und dem Pfändungspfandgläubiger nicht in Frage und wird bei richtiger Auslegung auch nicht indirekt durch das Verhältniß zwischen diesen Beiden geschaffen; dagegen ist nur dies Verhältniß für den Rechtsstreit zwischen Beiden durch § 23 E.G. z. C.P. (nicht durch § 12 E.G. z. K.O.) geregelt, hierfür aber im § 23 kein Unterschied zwischen dem Konkursfalle und dem Falle, wenn der Schuldner nicht im Konkurse ist, gemacht. Der Pfändungspfandgläubiger hat und behält aber sein Absonderungsrecht auch im Konkurse, § 49 Nr. 2 und dessen Umfang wird durch die Höhe seiner Absonderungsforderung bestimmt. Sofern der Gläubiger aus § 23 nicht noch einen größern Betrag in Anspruch nimmt, hat die K.Masse an dem Streite zwischen jenen beiden Gläubigern kein Interesse. Was der Pfändungspfandgläubiger aus dem Erlöse erhalten soll, kann ihm gegenüber der Gläubiger aus § 23 in Höhe der Forderung des Letzteren beanspruchen und ihm abnehmen. Der Pfändungspfandgläubiger hat kein Recht darauf, durch den Konkurs von dem ihm sonst nach § 23 entgegenstehenden Vorrechte befreit zu werden und seine Rechte im Konkursfalle noch vergrößert zu sehen. Soweit er in Folge dessen ausfällt, bleibt er K.Gläubiger, wenn er zugleich persönlicher Gläubiger des G.Schuldners ist; während andernfalls in gleicher Höhe der Gläubiger des § 23 ausfallen und K Gläubiger bleiben würde. Die K.Masse wird dabei nicht benachtheiligt und hat kein Interesse, wer von den Konkurrenten den zur Absonderung dienenden Erlös erhält. Der Betrag der zur Absonderung zu verwendenden Masse wird allerdings seiner Höhe nach für den Konkurs nur durch die Höhe des Anspruchs des Pfändundspfandgläubigers bestimmt. Die Verfolgung der Rechte des Absonderungsberechtigten und seine Betheiligung am Erlöse sind nach § 3 Abs. 2 unabhängig, d. h. auch materiell unbeeinflußt vom K.Verfahren. Vgl. Barkhausen, RassK. 26, 807; Kohler S. 688, 689; Petersen-Kleinfeller Anm. 1; O.L.G. Rostock 22. Dez. 1882, 25. Mai 1884 in Meckl. Zeitschr. 4, 353; 5, 320.

4) Will der Verwalter in einem solchen Rechtsstreite zwischen jenen Beiden interventren, — wozu er nur dann ein Interesse hätte, wenn der nach § 23 prioritätische Gläubiger einen die Forderung des Absonderungsberechtigten übersteigenden Betrag mit Vorrecht beansprucht, — so kann Jener dem Verwalter gegenüber kein Sonderrecht an dem Erlöse des speziellen Vermögensstücks beanspruchen und allerdings auch keine Ansprüche aus dem Rechte des von ihm sonst verdrängten Absonderungsberechtigten geltend machen. Hinsichtlich der Legitimation des Verwalters würde anzuerkennen sein: Der Verwalter als Vertreter des G.Schuldners oder seiner Masse zu Gunsten aller K.Gläubiger kann mit Ausnahme der Rechte des absonderungsberechtigten Pfändungspfandgläubigers für die Masse an dem der Masse zugehörigen Absonderungsgegenstande alle Rechte in Anspruch nehmen, die dem Absonderungsberechtigten nicht zustehen. Der Verwalter nimmt also auch zur K.Masse den, einem Absonderungsberechtigten vorangehenden, diesem nicht zustehenden Theil des Erlöses, der außerhalb des Konkurses dem Drittgläubiger zufallen würde. Der Drittgläubiger erhält dann diesen Theil des Erlöses nicht selbst, weil er im K.Falle kein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus dem Erlöse hat. Er hat aber gemäß dem § 12 (bez. § 18 mecklb. Ausf.Ges) in der K.Masse das Vorrecht vor den Forderungen des § 61 Nr. 6 K.O. in Höhe des Erlöses für seine Forderung. Vgl. nachst. Anm. 6. Das Ergebniß ist dann dem Pfändungspfandgläubiger gegenüber, wie im Verhältniß zu einem Anschlußpfänder in dem Falle, wenn durch Pfändung für mehrere

Digitized by Google

Gläubiger eine Masse gebildet und die erste Pfändung nach § 30 den K.Gläubigern gegenüber, d. h. zu Gunsten der Masse unwirksam wäre, die Anschlußpfändung aber nicht, das Recht für den nachpfändenden Gläubiger unverändert bleibt und der auf den ersten Gläubiger fallende Betrag zur Masse fließt, ohne daß jener nachrückt. Offenbar hat daher der Verwalter zur Intervention kein Interesse, wenn er den Gläubiger ohnehin nach § 12 d. Ges., oder § 18 Pr. A.G. z. K.O. aus der Masse vorweg befriedigen müßte, sofern Masseansprüche oder Ansprüche aus § 61 Nr. 1 bis 5 nicht existiren oder anderweit gedeckt sind. — Das gleiche Verhältniß besteht für das preuß. Ausf.Ges., vgl. nachst. Anm. 7.

5) Die Worte: „oder in Bankstatuten den Banknoteninhabern rechtsgültig zugesichert sind" wurden durch Beschluß der R.K. zugesetzt. Der Zusatz soll nur die schon bestehenden Privilegien von Banken sichern. Die Reichsbanknoten haben ein solches Privilegium nicht, Bankges. v. 14. März 1875, R.G.Bl. S. 177. Die statutenmäßige Einräumung allein begründet noch nicht immer eine nach den bisherigen Gesetzen rechtsgültige Zusicherung. Prot. 137, 205—208, 210, 211.

6) Abs 2. Auch für die im Abs. 2 bezeichneten speziellen Pfand- oder Vorrechte müssen die Voraussetzungen des Abs. 1 vorliegen, und es kann nur ein partielles Vorrecht, nicht ein Absonderungsrecht erhalten werden. Das Vorrecht kann nicht im Erlöse, sondern nur in Höhe des Erlöses gewährt werden, d. h. es kann nicht wie ein Absonderungsrecht bei der Vertheilung des Erlöses selbst wirken. Vielmehr nimmt der Verwalter den Erlös zur K.Masse. Soweit aus der Masse noch Masseansprüche oder andere vorangehende Forderungen zu befriedigen sind, bleibt das Vorrecht gemäß Abs. 2 wirkungslos; seine Wirkung tritt nur für die Vertheilung der Masse unter den K.Gläubigern ein. Das Vorrecht kann in Beziehung auf die gesammte K.Masse gewährt werden, ohne Rücksicht darauf, ob die einzelnen Vermögensstücke von dem G.Schuldner vor oder nach dem 1. Okt. 1879 erworben sind (was durch das mecklenb. Ausf.Ges. als gewährt anzunehmen ist). RG. 10, 41.

7) Abs. 3. Die Vorschrift enthält gewisse Normativvorschriften für die Landesgesetzgebung. Das Vorrecht des § 12 soll nicht in unbegrenzter Dauer erhalten bleiben. Auch kann nur ein schon nach Abs. 1, nicht ein erst in den zwei Jahren nach der Gesetzeskraft der K.O. entstandenes Recht gemäß Abs. 3 erhalten werden. Die Anmeldung in das Register zur Erhaltung des Rechts ist für ein binnen zwei Jahren nach der Gesetzeskraft der K.O. zu eröffnendes K.Verfahren nicht nöthig, sondern nur für ein nach zwei Jahren oder irgend wann später zu eröffnendes. Die Vorschrift bezweckt, die Erkennbarkeit der Vorrechte für Dritte und für den Kredit zu sichern, Mot. 474.

8) Von den Befugnissen, die im § 12 und anschließend im § 13 des E.G. der Landesgesetzgebung eingeräumt sind, hat diese in mehreren Bundesstaaten Gebrauch gemacht. In Preußen ist im Ausf.Ges. v. 6. März 1879 § 18 bestimmt: „Insoweit ein Pfand- oder Vorzugsrecht, welches vor dem 1. Okt. 1879 auf Grund eines Vertrages, einer letztwilligen Anordnung oder einer richterlichen Verfügung erworben ist,

1. zufolge der Bestimmungen der D. G.O. und des E.G. zu derselben,

2. gegenüber einem Pfandrechte, welches durch eine nach dem 1. Okt. 1879 bewirkte Pfändung begründet wird, zufolge des § 709 Abs. 2 der D. C.P.O. (a. F.) oder des § 14 Abs. 1 des Ausf.Ges. zur D. C.P.O. seine Wirksamkeit verliert, wird für die Forderung des Berechtigten ein Vorrecht gewahrt." Dies entspricht dem § 12 E.G. z. K.O. und § 23 E.G. z. C.P.O. — Ebenso wird im § 19 Ausf.Ges. v. 6. März 1879 für die vor dem 1. Okt. 1879 entstandenen Forderungen der Ehefrau des Schuldners, deren gesetzliche Pfand- oder Vorzugsrechte zufolge jener Vorschriften unwirksam werden, ein Vorrecht gewährt — entsprechend dem § 13 E.G. z. K.O. Das Vorrecht aus § 18 Pr. Ausf.Ges. wird indeß (nach § 34 Ausf.Ges.) solchen Rechten nicht zu Theil, die ein Gläubiger vor dem 1. Okt. 1879 durch Beschlagnahme, Pfändung oder Ueberweisung erlangt hat. Die Rangordnung der gemäß §§ 18, 19 bevorrechtigten Forderungen „im Verhältniß zu einander und zu den übrigen betheiligten Forderungen" bestimmt sich nach den bisherigen Vorschriften (§ 20 Ausf.Ges.) und zwar entsprechend auch in den Fällen, in denen außerhalb

Digitized by Google

des K.Verfahrens eine Befriedigung persönlicher Gläubiger nach dem Range ihrer Forderungen stattzufinden hat (§§ 23, 56 Ausf.Ges.). Vgl. Preuß. Ausf.Ges. v. 6. März 1879 im Anhange.

9) Zu beachten ist die Gleichstellung des Vorrechts, wenn das Pfand- oder Vorzugsrecht zufolge der K.O. unwirksam wird, und des Vorrechts, wenn Pfand- oder Vorzugsrechte in Folge eines Pfändungspfandrechts unwirksam werden. Auch dem letzten auf § 23 E.G. z. C.P.O. basirenden Vorrechte ist die Wirksamkeit als Vorrecht — nicht Absonderungsrecht — im Konkurse, sowie bei Vertheilungen und Vorrechtsstreitigkeiten außerhalb des K.Verfahrens, § 23, ausdrücklich erhalten. Während durch die Verneinung des Absonderungsrechts im Konkurse auch hier dem K.Verwalter gegenüber ein Recht am Erlöse selbst nicht geltend gemacht werden kann, sondern der Verwalter einem solchen Gläubiger gegenüber den Erlös zur Masse beanspruchen kann, soweit nicht ein Absonderungsberechtigter aus seinem Rechte darauf einen Anspruch hat, kommen auch hier für das Verhältniß und die Rangordnung des als bevorrechtigt durch § 18 geschützten Gläubigers zum Pfändungsgläubiger die bisherigen Vorschriften zur Anwendung, es mag Konkurs eröffnet sein oder werden oder nicht, §§ 20, 23; d. h. der geschützte Gläubiger verliert sein Vorrecht in der Konkurrenz mit dem Pfändungsgläubiger nicht, auch wenn Konkurs eröffnet wird. Es gelten also für die Anwendung des preuß. Ausf.Ges. dieselben Grundsätze, wie sie in vorst. Anm. 1 hinsichtlich der mecklenb. Ausf.Ges. bezeichnet sind. Durch die im preuß. Ausf.Ges. §§ 18, 20, 23 dargestellte Verbindung sind hier deutlich jene selben Grundsätze ausgedrückt, welche als aus dem Wesen des K.Absonderungsrechts einerseits und des K.Vorrechts andererseits folgend ausgeführt sind. Zu beachten ist, daß nach § 24 des Ausf.Ges. das Vorrecht des § 18 keine Anwendung auf Rechte findet, welche ein Gläubiger vor dem Inkrafttreten des Gesetzes durch Beschlagnahme, Pfändung oder Ueberweisung erlangt hat.

Im Anschlusse an § 12 Abs. 3, § 13 Abs. 2 E.G. hat das preuß. Ausf.Ges. im § 21 Bestimmungen darüber getroffen, zufolge deren die im § 12 vorbehaltenen Vorrechte und die im § 13 Abs. 1 bezeichneten Vorrechte für die Ehefrau eines G.Schuldners auch für Konkurse erhalten werden können, die nach dem 30. Sept. 1881 eröffnet wurden, und gegen eine später bewirkte Pfändung. Die Erhaltung wird unbedingt versagt für Konkurse und gegen Pfändungen, die erst nach dem 30. Sept. 1899 eröffnet oder bewirkt wurden. Für Konkurse und gegen Pfändungen aus der Zeit vom 30. Sept. 1881 bis dahin 1899 konnten die in den §§ 18, 19 des preuß. Ausf.Ges. vorbehaltenen Vorrechte dadurch erhalten werden, daß sie entsprechend den §§ 12 Abs. 3, 13 Abs. 2 bis zum 30. Sept. 1881 (einschließlich) zur Eintragung in ein amtsgerichtliches Vorrechtsregister angemeldet wurden. Nur die Anmeldung, nicht auch die Eintragung braucht nach § 12 Abs. 3 E.G. und nach § 21 Ausf.Ges. innerhalb dieser Frist erfolgt zu sein. Ueber die Anmeldung und die Führung der Register sind in den §§ 25—36 Ausf.Ges. besondere Bestimmungen getroffen.

§ 13.

Die Landesgesetzgebung kann der Ehefrau, den Kindern und den Pflegebefohlenen des Gemeinschuldners für Forderungen, welche vor dem Tage des Inkrafttretens der Konkursordnung entstanden sind, ein Vorrecht nach Maßgabe des § 12 Abs. 1, 2 insoweit gewähren, als ein gesetzliches Pfand- oder Vorzugsrecht der Ehefrau, der Kinder oder der Pflegebefohlenen nach den bisherigen Gesetzen bestanden hat.

Auf das Vorrecht der Ehefrau findet die Bestimmung des § 12 Abs. 3 entsprechende Anwendung.

Den Kindern und den Pflegebefohlenen kann das Vorrecht für ein fünf Jahre nach dem Inkrafttreten der Konkursordnung eröffnetes Konkursverfahren nicht gewährt werden.

Digitized by Google

1) Der § 13 betrifft die Zulässigkeit eines landesgesetzlichen Vorbehalts, eines Vorrechts für gesetzliche Pfand- oder Vorrechte, die nach der früheren K.Gesetzgebung für Vermögensforderungen bestanden, die vor dem 1. Okt. 1879 (als Illatenforderung der Frau oder Anspruch der Kinder aus väterlicher Verwaltung u. dgl.) entstanden waren. RG. 6. Mai 1886, Raff.K. 30, 1089. Für andere als die im § 13 erwähnten kann die Landesgesetzgebung keine Vorrechte bewilligen. — Der Ehefrau ist in der K.O. kein Vorrecht gewährt, den Kindern und Pflegebefohlenen das im § 61 Nr. 5 bestimmte. Die Landesgesetzgebung konnte für Forderungen, die schon vor der Gesetzeskraft der K.O. entstanden sind, ein Vorrecht gewähren, wenn die bisherigen K.Gesetze ein Pfand- oder Vorrecht bewilligten. Voraussetzung war nicht, daß die Ehefrau oder das Kind oder der Pflegebefohlene schon vor der Gesetzeskraft der K.O. einen Anspruch auf damalige Herausgabe des Vermögens gehabt haben, daß also schon damals actio nata für ein solches Recht vorhanden gewesen sei, sondern daß vor jenem Zeitpunkte ein Forderungsverhältniß begründet war, aus dem sie die dermaleinstige Herausgabe von Vermögen später fordern können oder daß ihr Vermögen schon vorher in die Verwaltung des G.Schuldners gekommen war, vgl. § 61 Nr. 5. Es ist im Abs. 1 eben nur vorausgesetzt, daß für die zu sichernden Forderungen ein gesetzliches, wenngleich bedingtes, Pfand- oder Vorzugsrecht bestanden hatte. Die Schonung fur diese Fälle früherer gesetzlicher Pfand- und Vorrechte ist als Ausnahme von der sofortigen einheitlichen Durchführung der Grundsätze der K.O. für die Rangordnung zugelassen, weil diese Rechtsverhältnisse ihrer Natur nach dauernd sind.

Außer dem nach § 13 E.G. zugelassenen Vorrechte bleibt ein nach § 12 etwa vorhandenes zulässiges Vorrecht unberührt. Sofern einer Ehefrau oder Kindern oder Pflegebefohlenen vertragsmäßig, testamentarisch oder zufolge richterlicher Verfügung ein Pfand- oder Vorrecht gemäß § 12 zustand, haben sie natürlich außerdem die Rechte jedes anderen Gläubigers in gleicher Lage.

2) Auch hier wie im Falle des § 12 Abs. 1, 2 kann nicht ein Absonderungsrecht, sondern nur ein Vorrecht vor der Rangordnung des § 61 gewährt werden und ist die Bemerkung in Anm. 6 zu § 12 E.G. auch hier anwendbar. Indeß sind auch vom § 13, wie vom § 12 die Pfand- und Vorrechte im unbeweglichen Eigenthum des Schuldners mit Rücksicht auf § 47 unberührt. Vgl. preuß. Ausf.Ges. § 17.

3) Soweit nach den bisherigen Gesetzen für Ehefrauen, Kinder oder Pflegebefohlene ein gesetzliches Pfand- oder Vorrecht außer dem in der K.O. bestimmten des § 61 Nr. 5 nicht schon bestanden hat, konnte es nicht gewährt werden. In der P. war den Kindern und Pflegebefohlenen ein besseres Vorrecht nicht gewährt, sondern für dieselben durch § 61 Nr. 5 betroffenen Ansprüche nur ebenfalls das Vorrecht unmittelbar vor den anderen K.Gläubigern gegeben; es waren ihnen vielmehr außer den im § 61 Nr. 1 bis 4 bezeichneten Forderungen noch andere Klassen oder jene Klassen im größeren Umfange vorgezogen. P. §§ 80, 81, 73–79. Der Ehefrau des G.Schuldners, der die K.O. überhaupt kein Vorrecht gewährt, war in P. § 80 „wegen ihres gesetzlich in die Verwaltung und Nutznießung des Ehemannes gekommenen Vermögens, soweit sie nicht vermöge ihres Rückforderungs- oder Pfandrechts befriedigt wird, ein gleiches Vorrecht mit demjenigen der Kinder und Pflegebefohlenen" eingeräumt. Die Frauen „von Handelsleuten, Schiffsrhedern und Fabrikbesitzern" waren jedoch von diesem Vorrechte ausgeschlossen. Die Ausschließung trifft die Ehefrau eines G.Schuldners, der zur Zeit der K.Eröffnung Kaufmann ꝛc. war; sie ist als Ausnahme von der Regel des § 80 eine Einrede und vom Bestreitenden zu beweisen. Obtr. 83, 75 ff.; Goltdammer Preuß. K.O. Anm. 19 zu § 80. — Demgemäß ist im Gebiete der P. v. 8. Mai 1855 der Vorbehalt des § 13 hinsichtlich der Kinder und Pflegebefohlenen von gar keiner Bedeutung, und hinsichtlich der Rechte von Ehefrauen nur für Ehefrauen eines G.Schuldners, der nicht Handelsmann, Schiffsrheder oder Fabrikbesitzer ist.

4) Wie in Anm. 4 zu § 12 E.G. bemerkt ist, ist im preuß. Ausf.Ges. vom 6. März 1879 §§ 19—24 für die im § 13 E.G. bezeichneten Pfand- oder Vorzugsrechte der

Digitized by Google

Ehefrau des G.Schuldners das bisherige Vorrecht aufrecht erhalten. Für das Verhältniß der so geschützten Ehefrau gegenüber der K.Eröffnung und dem K.Verwalter einerseits behufs Erhaltung eines Vorrechts, nicht Absonderungsrechts, und gegenüber einem späteren Pfändungspfandrechte behufs der Abwehr eines dem § 23 E.G. zur C.P.O. und der §§ 19, 20, 23 preuß. Ausf.Ges. widersprechenden besseren Rechts der Pfändungsgläubiger andererseits; sowie für das Verhältniß des K.Verwalters zu einem solchen Pfändungsgläubiger gelten dieselben Grundsätze, wie sie in Anm. 1—4, zu § 12 ausgeführt sind. Vgl. RG. 22. Juni 1894, JW. 429; preuß. Ausf.Ges. vom 6. März 1879 im „Anhang". Wegen der übrigen Bundesstaaten vgl. Anm. 7 § 12 a. E.

5) Abs. 2. Für die Erhaltung der Vorrechte der Ehefrau für spätere Konkurse durch Anmeldung zur Register-Eintragung und von den Bestimmungen des preuß. Ausf. Ges. über die Vorrechtsregister gilt das in Anm. 7 § 12 Bemerkte.

6) Abs. 3. Im preuß. Ausf.Ges. §§ 22, 23 war in Gemäßheit des § 13, insoweit ein nach den bisherigen Gesetzen bestandenes Pfand- oder Vorzugsrecht der Kinder oder der Pflegebefohlenen des G.Schuldners zufolge der K.O. und des E.G. z. K.O. seine Wirksamkeit verliert, für ihre vor dem 1. Okt. 1879 entstandenen Forderungen ein Vorrecht und zwar in entsprechender Aufrechterhaltung der Rangordnung nach den bisherigen Vorschriften „für das Konkursverfahren gewährt". Wie in Anm. 3 bemerkt, ist dies ohne Bedeutung für das Gebiet der P. v. 8. Mai 1855. Für die gesetzlichen Vorrechte von Kindern und Pflegebefohlenen findet Abs. 3 des § 12 nicht Anwendung, da diese Vorschrift im Abs. 2 § 13 nur für das Vorrecht der Ehefrau entsprechend anwendbar erklärt ist. Die Zulässigkeit landesgesetzlicher Gewährung des Vorrechts ist daher für ein nach dem 30. Sept. 1881 eröffnetes K.Verfahren nicht von einer Anmeldung zur Register-Eintragung abhängig. Dagegen ist nach § 13 Abs. 3 die landesgesetzliche Einräumung des Vorrechts für ein nach dem 30. Sept. 1884 eröffnetes K.Verfahren unzulässig. Die Landesgesetzgebung konnte innerhalb dieser Zulässigkeitsgrenze fakultativ die Zulassung in einem geringeren Maße gestatten. Demgemäß ist im preuß. Ausf.Ges. § 22 Abs. 2 bestimmt, daß das Vorrecht für ein nach dem 30. Sept. 1881 eröffnetes K.Verfahren nicht gewährt wird.

7) Abweichend von den §§ 18, 19 preuß. Ausf.Ges., worin für das Pfand- und Vorzugsrecht der Ehefrau und der im § 12 bezeichneten Gläubiger das bisherige Vorrecht auch gegenüber dem Pfändungspfandrechte aus § 804 C.P.O. und § 14 Abs. 1 des preuß. Ausf.Ges. z. C.P.O. erhalten ist, haben die §§ 22, 29 Ausf.Ges. v. 6. März 1879 das Vorrecht für Kinder und Pflegebefohlene gegenüber einem solchen Pfändungspfandrechte nicht vorbehalten, sondern nur für das K.Verfahren und entsprechend für die Prozeduren außerhalb eines K.Verfahrens behufs Befriedigung persönlicher Gläubiger nach dem Range ihrer Forderungen. Der Grund für diese beschränkte Erhaltung liegt darin, daß der Landesgesetzgebung im § 23 E.G. z. C.P.O. rücksichtlich des § 804 C.P.O. eine Befugniß zur Erhaltung eines gesetzlichen Vorrechts für Kinder und Pflegebefohlene bezüglich des § 804 nicht vorbehalten ist. Die entsprechende Anwendung des Vorrechts bei Vornahmen außerhalb des K.Verfahrens führt somit dazu, daß das Vorrecht zwar nicht im Falle einer Kollision mit einem Pfändungspfandrechte des § 709 C.P.O. diesem gegenüber, wohl aber allen anderen Gläubigern gegenüber zur Geltung zu bringen ist; denn reichsgesetzlich sind hinsichtlich des materiellen Rechts der Landesgesetzgebung nur die bei solcher Anwendung inne gehaltenen Schranken gesetzt: durch die K.O. und § 13 E.G. die Schranken der Anwendung für den Fall des K.Verfahrens und durch die C.P.O. und § 23 E.G. die Schranken für die Wirkung des Pfändungspfandrechts. Vgl. Mot. z. Ges. vom 6. März 1879.

Anmerkung.

Die §§ 14—16 sind durch E.G. zur K.O.N. Art. II Nr. 4 aufgehoben. Sie lauteten:

§ 14.

Faustpfandrechte im Sinne des § 40 der Konkursordnung bestehen an beweglichen körperlichen Sachen nur, wenn der Pfandgläubiger oder ein Dritter für ihn den Gewahrsam der Sache erlangt und behalten hat.

Digitized by Google

Das Absonderungsrecht besteht ohne Uebergabe der Sache, sofern:

1. nach den Reichsgesetzen oder den Landesgesetzen die Uebergabe von Konnossementen und ähnlichen Papieren über Waaren oder andere bewegliche Sachen der Uebergabe derselben, oder die Eintragung der Verpfändung in das Schiffsregister oder die Uebergabe der mit einem beglaubigten Vermerke der Verpfändung versehenen Schiffsurkunden oder einer beglaubigten Abschrift derselben der Uebergabe des verpfändeten Schiffes gleichsteht;
2. über eine Verbodmung nach Vorschrift des Handelsgesetzbuchs ein Bodmereibrief ausgestellt ist.

§ 15.

Faustpfandrechte im Sinne des § 40 der Konkursordnung bestehen an Forderungen und anderen Vermögensrechten nur:

1. wenn der Drittschuldner von der Verpfändung benachrichtigt ist;
2. wenn der Pfandgläubiger oder ein Dritter für ihn den Gewahrsam der körperlichen Sache, welche den Gegenstand des Rechts bildet, oder der über die Forderung oder das Vermögensrecht ausgestellten Urkunde erlangt und behalten hat;
3. wenn die Verpfändung in dem Grund- oder Hypothekenbuche eingetragen ist.

§ 16.

Die Vorschriften der Landesgesetze, welche für den Erwerb von Faustpfandrechten mehrere der in den §§ 14, 15 bezeichneten Erfordernisse oder weitere Erfordernisse festsetzen, bleiben unberührt.

Die Aufhebung der §§ 14—16 ist erfolgt, weil das B.G.B. das Pfandrecht einheitlich regelt. Die Vorschriften der aufgehobenen Paragraphen können nur noch in Betracht kommen in Konkursen, die vor dem 1. Jan. 1900 eröffnet sind und in später eröffneten dann, wenn Art. VI E.G. z. K.O.N. verbunden mit E.G. z. B.G.B. Art. 184 zur Anwendung gelange. Vgl. dann Anm. 10 zu § 48 in der früheren Auflage dieses Buches.

§ 17.

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen den Inhabern von Pfandbriefen, die von Kreditanstalten, welche nicht zu den Hypothekenbanken gehören, auf Grund von Hypotheken ausgestellt sind, ein Vorrecht vor allen anderen Konkursgläubigern in Ansehung der Befriedigung aus den Hypotheken der Anstalt zusteht.

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen den Inhabern von Schuldverschreibungen, die von Körperschaften des öffentlichen Rechtes, Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien, Gesellschaften mit beschränkter Haftung oder Genossenschaften über ein Anlehen ausgestellt sind, ein Vorrecht vor nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern, deren Forderungen später entstehen, dadurch gewährt werden kann, daß die zu bevorrechtigenden Forderungen in ein öffentliches Schuldbuch eingetragen werden.

1) Diese Fassung ist dem § 17 durch § 43 des Hypothekenbankengesetzes vom 13. Juli 1899 gegeben. Der frühere § 17 lautete:

Der Landesgesetzgebung bleibt vorbehalten, Bestimmungen zu treffen, nach welchen

1. den Inhabern der von Gemeinden oder anderen Verbänden, von Korporationen, Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien oder Genossenschaften ausgestellten Pfandbriefe oder ähnlicher auf Grund erworbener Forderungen von denselben ausgestellter Werthpapiere an solchen Forderungen ein Faustpfandrecht im Sinne des § 40 der Konkursordnung dadurch gewährt werden kann, daß einem Vertreter sämmtlicher Inhaber allein oder in Gemeinschaft mit dem Aussteller die

Digitized by Google

Ausübung des Gewahrsams der über die Forderungen lautenden Urkunden übertragen oder auf diesen Urkunden die Gewährung des Pfandrechts vermerkt wird;

2. den Inhabern von Schuldverschreibungen, welche von den unter Nr. 1 bezeichneten Schuldnern über eine Anleihe ausgestellt sind, an gewissen beweglichen körperlichen Sachen ein Faustpfandrecht im Sinne des § 40 der Konkursordnung dadurch gewährt werden kann, daß einem Vertreter sämmtlicher Inhaber allein oder in Gemeinschaft mit dem Aussteller die Ausübung des Gewahrsams der Sachen übertragen wird;
3. den Inhabern von Schuldverschreibungen, welche von den unter Nr. 1 bezeichneten Schuldnern über eine Anleihe ausgestellt sind, ein Vorrecht vor nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern, deren Forderungen später entstehen, dadurch gewährt werden kann, daß die zu bevorrechtigenden Forderungen in ein öffentliches Schuldenbuch eingetragen werden.

2) Die Vorschrift der Nr. 1 des alten § 17 ist gegenstandslos geworden, soweit durch das Hypothekenbankgesetz §§ 35, 41, 42 die Rechte der Inhaber von Pfandbriefen der Hypothekenbanken geregelt sind. Vgl. dazu Vorb. 3 zum 8. Titel der K.O. Der Abs. 1 in seiner neuen Fassung bestimmt daher für die Landesgesetzgebung einen Vorbehalt nur für die zur Ausstellung von Pfandbriefen befugten Kreditanstalten, die nicht Hypothekenbanken sind, und läßt, entsprechend dem § 35 des Hyp.BankG. auch nur die Begründung eines Vorrechtes nicht aber eines Absonderungsrechts für die Pfandbriefsinhaber zu.

3) Nr. 2 des alten § 17 ist gänzlich beseitigt, weil da, wo die Pfandrechtsbestellung der Vorschrift des B.G.B. entspricht, eine besondere landesgesetzliche Bestimmung überflüssig, wo dies nicht der Fall ist, aber nicht erwünscht ist und mangels eines im E.G. z. B.G.B. gemachten entsprechenden Vorbehalts gar nicht zulässig sein dürfte.

4) Abs. 2 der neuen Fassung deckt sich inhaltlich mit Nr. 3 des alten § 17.

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Kaiserlichen Insiegel.

Gegeben Berlin, den 10. Februar 1877.

(L. S.) **Wilhelm.**

Fürst v. Bismarck.

Digitized by Google

Einführungsgesetz
zu dem
Gesetze, betreffend Aenderungen der Konkursordnung.

Artikel I.

Das Gesetz, betreffend Aenderungen der Konkursordnung, tritt gleichzeitig mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch in Kraft.

Die Bestimmung entspricht der Vorschrift des Art. 1 E.G. z. B.G.B. Der Tag des Inkrafttretens aller dort genannten, also auch des hier vorliegenden Gesetzes, ist der 1. Januar 1900.

Artikel II.

Das Gesetz, betreffend die Einführung der Konkursordnung, wird dahin geändert:

1. Die Bestimmung des § 5 Nr. 2 wird aufgehoben.
2. Der § 6 wird dahin geändert:

   Die Bestimmungen der §§ 193, 194, 214 (§§ 207, 208, 244) der Konkursordnung finden auf registrirte Gesellschaften, welche auf Grund des bayerischen Gesetzes vom 29. April 1869, betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschaftsgesellschaften, bestehen, entsprechende Anwendung.

   Die Gesellschaft wird in dem Konkursverfahren durch den Vorstand oder die Liquidatoren vertreten. Ein Zwangsvergleich findet nicht statt.
3. Der § 7 erhält folgenden Abs. 2:

   Das Gleiche gilt in Ansehung der Mitglieder des vormaligen Hannoverschen Königshauses, des vormaligen Kurhessischen und des vormaligen Herzoglich Nassauischen Fürstenhauses.
4. Die §§ 14 bis 16 werden aufgehoben.

Die Aenderungen der §§ 5—7 des E.G. z. K.O. haben ihre Erläuterung in den Anmerkungen zu diesen Paragraphen gefunden. — §§ 14—16 enthielten Bestimmungen über die Voraussetzungen, unter denen Faustpfandrechte an beweglichen Sachen, Forderungen und Rechten im Sinne des § 48 der K.O. entstehen konnten. Sie waren mit Rücksicht auf die verschiedenartigen Erfordernisse der Landesgesetzgebung gegeben und sind durch die einheitliche Regelung des bürgerlichen Rechtes im B.G.B. überflüssig geworden. Die Aufhebung wirkt aber nur für die Zukunft und hat nicht die Wirkung, ein nach der Vorschrift der §§ 14—16 vor dem 1. Januar 1900 entstandenes Pfandrecht seiner Geltung zu entkleiden. Vgl. EG. z. B.G.B. Art. 184, vgl. ferner Vorbem. 10 vor § 48.

Artikel III.

Die Vorschriften des § 41 (49) Abs. 2 der Konkursordnung und des § 17 Nr. 1, 2 des Gesetzes, betreffend die Einführung der Konkursordnung, finden auch außerhalb des Konkurses Anwendung.

Digitized by Google

Die Anwendung des § 49 Abs. 2 K.O. sichert den daselbst Abs. 1 Nr. 1 bezeichneten Forderungen den Vorrang vor anderen Forderungen für alle Fälle. Der in Bezug genommene alte § 17 d. E.G. ist aufgehoben. Auf die Vorschrift des neuen § 17 kann Art. III nicht bezogen werden, da an Stelle des Pfandrechts ein Vorrecht bestimmt ist. Auch für die Pfandbriefe der Hypothekenbanken ist ein Vorrecht außerhalb des Konkurses nicht bestimmt.

Artikel IV.

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Zulässigkeit des Konkursverfahrens über das Vermögen der im § 15 Nr. 3 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung bezeichneten juristischen Personen beschränken oder ausschließen.

Artikel IV entspricht der Vorschrift des E.G. zu C.P.O. § 15 Nr. 3 insofern, als dort die Beschränkung der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen gegen gewisse juristische Personen der Landesgesetzgebung vorbehalten ist. Diese juristische Personen sind der Fiskus, eine Körperschaft, Stiftung oder Anstalt des öffentlichen Rechtes oder eine unter der Verwaltung einer öffentlichen Behörde stehende Körperschaft oder Stiftung. „Die Bestimmung rechtfertigt sich durch das Bedürfniß, die diesen juristischen Personen obliegende Verwaltung öffentlicher Angelegenheiten vor Störungen zu bewahren." Begr. S. 60. Für Preußen sind neue Vorschriften nicht ergangen, es kommt deshalb nur die Vorschrift der A.G.O. Teil I Titel 24 § 45 und Anhang § 153 in Betracht, wonach vor der Exekution gegen juristische Personen des öffentlichen Rechtes vom Gericht mit dem Verwaltungsorgane Rücksprache genommen werden und nötigenfalls ein Bescheid des Justizministers erfordert werden muß. Auch ohne besondere Bestimmung aber dürfte der Fiskus des Reichs oder eines der Bundesstaaten von der Möglichkeit einer Konkurseröffnung ausgeschlossen sein; vgl. Öker I, 69.

Artikel V.

Ein vor dem Inkrafttreten des Gesetzes, betreffend Aenderungen der Konkursordnung, eröffnetes Konkursverfahren ist nach den bisherigen Gesetzen zu erledigen.

1) Darüber, wann ein Verfahren eröffnet ist, oder ob eine frühere Thatsache als der Eröffnungsbeschluß eine Eröffnung enthalte, ist nach dem bisherigen Gesetze zu entscheiden. Ist der Eröffnungsbeschluß maßgebend, so kommt es nicht auf die Rechtskraft, sondern auf den Erlaß des Beschlusses an. Wird der Beschluß aufgehoben, so kommt das Verfahren in Gemäßheit der früheren Gesetze in Wegfall.

2) Unter den bisherigen Gesetzen sind zunächst die für den Konkurs gegebenen Vorschriften, das formelle und materielle Konkursrecht, sodann aber auch alle früheren Rechtsvorschriften zu verstehen, RG. 17, 41; 53, 190; vgl. 54, 422. Indeß ist zu prüfen, wie weit unabhängig vom Konkursrecht das außerkonkursliche Recht durch neue Vorschriften geändert wird. Soweit eine Festlegung des einzelnen Rechtsverhältnisses infolge der K. Eröffnung eingetreten ist, kann nach § 8 eine Aenderung der Gesetzgebung die für oder gegen die Masse begründeten Ansprüche nicht mehr ändern. So müssen die im Augenblicke der K.Eröffnung entstehenden Anfechtungsansprüche nach dem zur Zeit der K.Eröffnung geltenden Rechte behandelt werden. RG. 54, 422. Dagegen unterliegen selbst noch im Fluß befindliche Rechtsverhältnisse den Aenderungen einer neuen Gesetzgebung. So fällt das den Ehegatten oder dem Vater zustehende Recht des Nießbrauchs an dem Vermögen der Gattin oder der Kinder mit dem 1. Januar 1900 aus der Konkursmasse heraus, RG. 48, 193, vgl. § 1 Anm. 26, 27; ebenso ist die Aufhebung von Beschlagnahme und Pfändung von Gehältern, Pensionen und fortlaufenden Einkünften, die nach der C.P.O. nicht oder nur in geringerem Maße der Pfändung unterworfen sind, zu behandeln. Auch die Rechte eines Hypothekengläubigers auf die Haftung von beweglichen Zubehörstücken richtet sich, falls die Beschlagnahme des Grundstücks erst nach dem Inkrafttreten der

Digitized by Google

neuen Gesetze erfolgt war, auch in einem vor diesem Zeitpunkte eröffneten Konkurse nach dem neuen Rechte, weil eine Festlegung der zur Vollstreckung kommenden Masse erst mit der Beschlagnahme eintritt. So ist auch der Art. 15 E.G. z. Z.V.G. zu verstehen; vgl. Anm. 5b zu § 47. RG. 26. Sept. 1903, JW. 388; a. M. Jäger Anm. zu Art. V. — Die Erledigung eines K.Verfahrens nach den bisherigen Gesetzen hat zur Folge, daß auch jedes Nachverfahren, das für ein früher eröffnetes und im Wesentlichen erledigtes Konkursverfahren noch nöthig wird, nach den Gesetzen des früheren Konkursverfahrens erledigt werden muß. RG. 7. Okt. 1887, JW. 475.

Artikel VI.

In einem am Tage des Inkrafttretens des Gesetzes, betreffend Aenderungen der Konkursordnung, oder nach diesem Tage eröffneten Konkursverfahren bleiben, soweit für ein Rechtsverhältniß die Vorschriften des bisherigen bürgerlichen Rechtes maßgebend sind, für das Rechtsverhältniß auch die Vorschriften des bisherigen Konkursrechts maßgebend. Dies gilt insbesondere in Ansehung eines Nachlasses, wenn der Erblasser vor dem bezeichneten Zeitpunkte gestorben ist. Die Landesgesetzgebung kann jedoch auf ein Rechtsverhältniß, für welches nach den Uebergangsvorschriften des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche die Landesgesetze maßgebend sind, die Vorschriften des neuen Konkursrechts für anwendbar erklären.

1) Die Vorschrift des Artikels VI findet ihre Begründung in dem inneren Zusammenhang zwischen den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes und des Konkursrechtes. Es soll da, wo das alte Recht auf ein Rechtsverhältniß Anwendung zu finden hat, nicht eine Unstimmigkeit durch eine gleichzeitige Anwendung neuer auf das neue bürgerliche Recht gemünzter konkursrechtlicher Normen herbeigeführt werden. Dies ist namentlich von Bedeutung für die gemäß Art. 170 ff. E.G. z. B.G.B. dem früheren Rechte unterworfen gebliebenen obligatorischen Rechtsverhältnisse und die im Art. VI besonders hervorgehobene Behandlung eines vor dem 1. 1. 00 eingetretenen Erbfalles. Die Unterwerfung obligatorischer Rechtsverhältnisse unter das alte Konkursrecht wird praktisch in den Fällen des zweiten Titels (Erfüllung der Rechtsgeschäfte), vgl. dazu § 19 Anm. 10, § 22, Anm. 8, RG. 56, 246, und bei der Geltendmachung des Anfechtungsrechts, wo für alle vor dem 1. Januar 1900 abgeschlossenen Rechtsgeschäfte die Anfechtung nach § 34 a. F. verjährt, nach Ablauf der Verjährungsfrist also auch die nach § 41 Abs. 2 n. F. gewährte Einrede nicht mehr gegeben ist. RG. 54, 422. Einen neuen Anwendungsfall enthält RG. 13. Febr. 1902, JW. 186. — Bei der Behandlung eines Nachlasses gemäß Art. VI müssen die in der K.O.N. gegebenen Aenderungen und Ergänzungen der §§ 214 ff. über den Nachlaßkonkurs außer Betracht bleiben, ferner gilt das eben über die Verjährung der Anfechtungsfrist Gesagte auch dann, wenn die Entsagung einer Erbschaft nach altem Recht zu behandeln und nach diesem anfechtbar ist (§ 1 Anm. 20).

Im Einzelnen ist ferner wegen des ehelichen Güterrechts auf § 1 Anm. 25 u. § 32 Anm. 11, wegen der vor dem Inkrafttreten der K.O.N. entstandenen Pfandrechte auf § 48 Anm. 10 und auf RG. 46, 172; 52, 392 zu verweisen. Für die gesetzlichen Ansprüche auf Gewährung von Unterhalt für die Zukunft (§ 3) wird nach der dort (Anm. 12) vorgetragenen Ansicht Art. VI nicht praktisch, weil die neuen Bestimmungen des § 3 Abs. 2 mit dem früheren Rechtszustand übereinstimmen.

2) Der im Schlußsatz des Artikels gemachte Vorbehalt ist aufgenommen, weil auf Grund des Art. 218 E.G. z. B.G.B. die Landesgesetzgebung befugt ist, für Rechtsverhältnisse, auf die nach dem Einführungsgesetze die bisherigen Landesgesetze Anwendung finden, Uebergangsbestimmungen zu erlassen, die ihrem Inhalte nach mit den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zusammentreffen, sie dementsprechend also auch befugt sein müssen, auf solche Rechtsverhältnisse auch die Vorschriften des Konkursrechts auszudehnen. Wird

Digitized by Google

durch die Landesgesetzgebung auf Grund des Art. 218 E.G. z. B.G.B. die Anwendung der Vorschriften des B.G.B. angeordnet, wie es besonders bei der Ueberführung der güterrechtlichen Verhältnisse alter Ehen in dem neuen Rechtszustand geschehen ist, so findet Art. VI insoweit keine Anwendung; die Vorschriften der K.O. von 1898 gelten gemäß Art. I und die z. B. in Art. 59, 58 des preuß. A.G. z. B.G.B. und Art. 24 des bairischen Gesetzes vom 9. Juni 1899 betreffend die Uebergangsvorschriften zum B.G.B. erfolgte besondere Anordnung der Geltung des neuen Konkursrechts ist überflüssig.

Artikel VII.

Das Gesetz, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens, vom 21. Juli 1879 (Reichs-Gesetzbl. S. 277) wird dahin geändert:

1. Im § 3 Nr. 2, 3 werden die Worte „vor der Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruchs" ersetzt durch die Worte: „vor der Anfechtung".

   Die Nr. 3 des § 3 erhält folgende Fassung:

   4. die in den letzten zwei Jahren vor der Anfechtung von dem Schuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen zu Gunsten seines Ehegatten.

2. Als § 3a wird folgende Vorschrift eingestellt:

   Hat der Erbe aus dem Nachlasse Pflichttheilsansprüche, Vermächtnisse oder Auflagen erfüllt, so kann ein Nachlaßgläubiger, der im Konkursverfahren über den Nachlaß dem Empfänger der Leistung im Range vorgehen oder gleichstehen würde, die Leistung in gleicher Weise anfechten, wie eine unentgeltliche Verfügung des Erben.

3. Im § 4 werden die Worte „der Anfechtungsanspruch rechtshängig geworden ist" ersetzt durch die Worte: „die Anfechtung erfolgt ist".

4. Der § 11 wird dahin geändert:

   Die gegen den Erblasser begründete Anfechtung findet gegen den Erben statt.

   Gegen einen andern Rechtsnachfolger desjenigen, welchem gegenüber die anfechtbare Handlung vorgenommen ist, findet die gegen den letzteren begründete Anfechtung statt:

   1. wenn ihm zur Zeit seines Erwerbes die Umstände, welche die Anfechtbarkeit des Erwerbes seines Rechtsvorgängers begründen, bekannt waren;
   2. wenn er zu den im § 3 Nr. 2 genannten Personen gehört, es sei denn, daß ihm zur Zeit seines Erwerbes die Umstände, welche die Anfechtbarkeit des Erwerbes seines Rechtsvorgängers begründen, unbekannt waren;
   3. wenn ihm das Erlangte unentgeltlich zugewendet worden ist.

   Im Falle des Abs. 2 Nr. 3 findet auf die Haftung des Rechtsnachfolgers die Vorschrift des § 7 Abs. 2 Anwendung.

   Zur Erstreckung der Fristen in Gemäßheit des § 4 genügt die Zustellung des Schriftsatzes an den Rechtsnachfolger, gegen welchen die Anfechtung erfolgen soll.

Digitized by Google

5. Der § 12 wird dahin geändert:

Die Anfechtung einer nach § 3 Nr. 1 anfechtbaren Handlung kann nur binnen zehn Jahren erfolgen. Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften des § 203 Abs. 2 und der §§ 206, 207 des Bürgerlichen Gesetzbuches entsprechende Anwendung.

Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkte, in welchem der Gläubiger den vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hatte und seine Forderung fällig war, wenn aber die Rechtshandlung nach diesem Zeitpunkte vorgenommen ist, mit der Vornahme der Handlung.

Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn seit der Vornahme der Rechtshandlung dreißig Jahre verstrichen sind.

6. An die Stelle des § 13 Abs. 4 Satz 2 tritt folgende Vorschrift:

War die Anfechtung nicht schon zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens erfolgt, so wird die im § 3 Nr. 2 bis 4 bestimmte Frist von diesem Zeitpunkte berechnet, sofern die Anfechtung bis zum Ablaufe eines Jahres seit der Beendigung des Konkursverfahrens erfolgt.

Ueber die Bedeutung der Aenderungen sind die einzelnen Vorschriften des Anfechtungsgesetzes zu vergleichen.

Artikel VIII.

Die Vorschriften des Artikels VII finden auf die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes vorgenommenen Rechtshandlungen keine Anwendung.

Diese Bestimmung entspricht der Vorschrift des Art. 170 E.G. z. B.G.B., aber nicht vollständig dem § 9 E.G. zur K.O.; vgl. diesen.

Artikel IX.

In bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, in welchen durch Klage oder Widerklage ein Anspruch auf Grund des dritten Titels des ersten Buches der Konkursordnung oder auf Grund des Gesetzes, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens, geltend gemacht ist, wird die Verhandlung und Entscheidung letzter Instanz im Sinne des § 8 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze dem Reichsgerichte zugewiesen.

Vgl. Vorbem. 1 zum Anfechtungsgesetze.

Digitized by Google

Anhang.

I.

Gesetz, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens, vom 21. Juli 1879

(R.G.Bl. S. 277—280)

in der Fassung des Einführungsgesetzes zu dem Gesetze, betr. Aenderungen der Konkursordnung vom 17. Mai 1898, nach der Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 20. Mai 1898.

(R.G.Bl. S. 709—712.)

Wir **Wilhelm**, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen ꝛc.

verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesraths und des Reichstages, was folgt:

Vorbemerkung:

Litteratur: vgl. Vorbem. vor § 29 K.O., außerdem Jäger Kommentar zur K.O. 2. Aufl. Die Kommentare zum Anfechtungsgesetz von Hartmann-Meikel, 5. Aufl.; Luks 2. Aufl.; Bernardi; Merzbacher; Linsmayer, Grund und Umfang der Haftung wegen Gläubigeranfechtung, München 1900.

1. Geschichtliches.
2. Kodifikationsnatur des Anf.-Ges.
3. Natur des Anf.-Anspruchs.
4. Anfechtbare Handlungen als unerlaubte Handlungen.
5. Anfechtung nichtiger Handlungen.
6. Abweichungen der materiellen Vorschrift von K.O. und A.G.

1) I. **Geschichtliches.** Nachdem es zunächst in den Mot. zur K.O. (S. 95) für wünschenswerth erklärt war, daß über die gemeinsamen Anfechtungsgründe innerhalb wie außerhalb des K.Verfahrens gleiche Grundsätze beständen, die Herbeiführung dieses Zustandes aber der Landesgesetzgebung überlassen werden sollte, ging diese mit einzelnen Entwürfen, enthalten in Ausführungsgesetzen zur K.O., vor, entwickelte aber dabei solche Verschiedenheiten, daß eine reichsgesetzliche Regelung schließlich doch für geboten erachtet wurde. Diese ist im vorliegenden Gesetze in Uebereinstimmung mit den Grundsätzen des dritten Titels der K.O. erfolgt. Der Entwurf des Gesetzes ist dem Reichstage am 29. März 1879 vorgelegt, die erste Lesung endete mit einer Verweisung an eine Kommission von 21 Mitgliedern, in der 2. Lesung wurden durch den Berichterstatter der Kommission die von diesen beschlossenen Aenderungen mitgetheilt und das so gefaßte Gesetz zur Annahme empfohlen, die sodann in der dritten Lesung am 12. Juli 1879 erfolgte.

Im Einführungsgesetz zum Gesetze betreffend Abänderungen der K.O., sind in Art. 7 eine Reihe von Abänderungen des Anfechtungsgesetzes getroffen, die den gleichartigen Aenderungen der K.O. entsprechen, die aber nach Art. 8 auf die vor dem Inkrafttreten des

Digitized by Google

Gesetzes vorgenommenen Rechtshandlungen keine Anwendung finden sollen. In Art. 9 des Gesetzes ist für Klagen aus Anfechtungsansprüchen (nach KO oder AG) das Reichsgericht als Revisionsinstanz bestimmt (unter Einschränkung des Art. 8 des EG. z. BGB.).

Die Materialien des Anfechtungsgesetzes beschränken sich, da die Kommissionsberathungen nicht gedruckt sind, auf die Begründungen zum Anfechtungsgesetze und zu dem Einführungsgesetze zur Konkursnovelle von 1898. Bei der Uebereinstimmung oder Gleichartigkeit vieler Bestimmungen des Gesetzes mit den Anfechtungsvorschriften der Konkursordnung müssen aber auch deren Materialien zum Verständniß herangezogen werden.

2) Das Gesetz hat die Bestimmung, an Stelle aller derjenigen Rechte zu treten, die bisher einer bewußten oder durch unentgeltliche Verfügungen des Schuldners bewirkten Verkürzung des Befriedigungsrechts der Gläubiger entgegentraten. Es ersetzt also die materiellrechtliche Bestimmungen der Paulianischen Klage und der landesgesetzlich an ihre Stelle getretenen Sonderbestimmungen und enthält zusammen mit dem 3. Titel der KO. eine Kodifikation des in Deutschland geltenden Rechtes über die durch alienatio in fraudem creditorum erfolgte Vermögensschädigung. Die in den genannten Gesetzen gegebenen Bestimmungen, die nach EG. z. BGB. Art. 32 auch nach dem 1. Januar 1900 in Kraft geblieben sind, müssen deshalb nach dem allgemeinen Rechtsgrundsatze, daß die lex specialis der lex generalis vorgehe, bei einem etwaigen Zusammentreffen mit den Vorschriften des BGB. an deren Stelle Anwendung finden. Andere Rechtswirkungen als die in der KO. oder dem AG. ausgesprochenen Rechtsfolgen kann die Gläubigeranfechtung nicht haben, andere als die hier gegebenen Ansprüche können dem Geschädigten nicht erwachsen. Es ergiebt sich daraus, daß eine anfechtbare Rechtshandlung auch dann nicht nichtig ist, wenn sie gegen eine der zur Verhütung anfechtbarer Rechtshandlungen gegebenen strafgesetzlichen Vorschriften verstößt (vgl. die damit im Einklang stehende Bestimmung des BGB. § 134 „wenn sich nicht aus dem Gesetz ein Anderes ergiebt") oder wenn sie gegen die guten Sitten verstößt; vgl. RG. 23. Juni 1904, JW. S. 499 ff. bes. S. 500; Rehbein, Das BGB. mit Erläuterungen § 134 Note 1 letzter Absatz. Es ist aber weiter auch jeder über den in den Anfechtungsgesetzen gegebenen hinausgehende Anspruch auf Schadensersatz ausgeschlossen. Der den Gläubigern zugefügte Schaden wird nur durch die zu ihrer Befriedigung erforderliche Rückgewähr ausgeglichen, andere Nachtheile, auch wenn sie beabsichtigt waren, finden keine Entschädigung. Eine auch nur subsidiäre actio doli ist nicht gegeben. Vgl. RG. 9, 140; betr. franz. Recht 28, 135; 15. Februar 1887, JW. 109; a. M. Jäger Anm. 49 zu KO. § 29.

3) Die Natur des Anfechtungsanspruchs ist auch außerhalb des Konkurses die eines kondiktionsähnlichen Anspruchs auf Rückgewähr, beruhend auf verschiedenen Zweckmäßigkeitsgründen ohne einheitlichen Charakter. Der Zweck des Schutzes der Gläubiger gegen Verletzungen des, der Forderung immanenten, Befriedigungsrechts durch gesetzlich unberechtigte Benachtheiligung unter den für diesen Schutz gesetzlich bestimmten Voraussetzungen (RG. 26, 13) ist für die Anfechtungen nach der KO. und nach diesem Gesetze derselbe. Wie nach der KO. besteht auch nach dem Anfecht.Ges. die Grundlage des Anfechtungsrechtes nicht in einem gegen den Anfechtenden gerichteten Betrug oder einer dem Anfechtenden gerade durch die angefochtene Handlung verursachten Benachtheiligung; und es kommt demzufolge „nicht darauf an, ob der Schuldner schon zur Zeit der Handlung zahlungsunfähig gewesen oder es durch die Handlung geworden, noch darauf, ob die Forderung des Gläubigers schon vor der Rechtshandlung entstanden war„ (vgl. Anm. 5 zu § 1); sondern darauf, daß die Befriedigung des Gläubigers zur Zeit, wo sie verlangt wird, wegen des Mangels an bereiten Vermögensgegenständen nicht erfolgen kann und daß vom Schuldner aus dessen Vermögen Befriedigungsgegenstände entweder im betrüglichen Einverständnisse mit dem Empfänger — auf die Benachtheiligung der Gläubiger gerichtet (gleichviel wer betroffen werden sollte oder wurde) — entzogen sind oder durch Verfügungen des Schuldners, die wegen der Verkürzung des Gläubigerrechts für unberechtigt erklärt sind, entzogen wurden. Demgemäß beruht die Einzelanfechtung nach dem Ges. v. 21. Juli 1879 bei allen anfechtbaren Rechtshandlungen auf der für ungerechtfertigt

Digitized by Google

erklärten Benachtheiligung des Gläubigers — bei den entgeltlichen Verfügungen des Schuldners, § 3 N. 1, 2 im Wesentlichen auf der bewußten Verletzung des Befriedigungsrechts des Gläubigers und bei den Verfügungen des § 3 Nr. 3, 4 auf der gesetzlich aus Zweckmäßigkeitsgründen als unberechtigt erklärten Entziehung von Vermögensgegenständen des Schuldners.

Es liegt dem Anfechtungsrechte namentlich nicht unter allen Umständen eine unerlaubte Handlung zu Grunde, die den Anspruch durchweg zu einem Deliktsanspruch machte. Schon die Motive zur K.O. S. 130 f., 133 f. nennen als Grundlagen Betrug und Freigebigkeit. Es lassen sich aber auch die nicht gegen eine unentgeltliche an den Gegner erfolgte Zuwendung gerichteten Anfechtungen unter den Sammelbegriff des Betruges nicht mehr zusammenfassen. Allerdings wird bei den mit K.O. § 31 übereinstimmenden Vorschriften des § 3 Nr. 1 und 2 dieses Gesetzes ein betrügerisches Verhalten des Schuldners vorausgesetzt, sie enthält aber keineswegs den Thatbestand eines gleichen Verhaltens des Anfechtungsgegners. Das bloße Mitwissen der fraudatorischen Absicht des Schuldners macht den Anfechtungsgegner noch nicht zum Mitthäter der fraus. Der Rechtserwerb kann sich vielmehr ohne, ja gegen seinen Willen vollziehen, wenn etwa der Schuldner vor seinen Augen einen Wechsel zerreißt oder unter gleichzeitiger Mittheilung an ihn rechtsgültig auf eine Hypothek verzichtet oder dergleichen mehr. Auch kann für den Anfechtungsgegner, der durch einen Vertreter handelt, dessen Wissen schuldbegründend sein. Endlich aber kann er für seine Person die Benachtheiligungsabsicht des Schuldners, wenn auch ohne Erfolg, gerade zu beseitigen versucht haben, wenn er die dem Schuldner gebührende, völlig angemessene Gegenleistung an dessen einzigen Gläubiger absendet, diese aber doch in die Hände des Schuldners gelangt. In allen diesen Fällen kann die Anfechtung jedenfalls nicht darauf gestützt werden, daß der Anfechtungsgegner eine unerlaubte Handlung begangen habe, weil „grundsätzlich eine unerlaubte Handlung ohne, sei es positiv festzustellendes, sei es vermuthetes Verschulden, nicht angenommen werden soll". (RG. 50, 410). Hieraus wird nun aber mit Unrecht geschlossen, daß der Anfechtungsanspruch niemals auf eine unerlaubte Handlung des Anfechtungsgegners gestützt, daß die Unerlaubtheit dieser Handlung vielmehr für die Begründung des Anfechtungsanspruchs ganz unerheblich sei. Vgl. Jäger Anm. 4 zu § 29 K.O.; Seuffert S. 225 f.; Hartmann-Meikel S. 19 ff; Linsmayer S. 3 ff.; Förster-Eccius I S. 774; Eccius in Raff.K. 34, 148 ff. Die Hauptgründe für diese Auffassung sind, daß die unerlaubte Handlung, wenn sie gegen ein Verbotsgesetz verstoße unter den sie Begehenden keine Rechte begründen könne, während ein anfechtbares Rechtsgeschäft nur den Gläubigern gegenüber unwirksam unter den Parteien aber vollgültig sei; daß die unerlaubte Handlung Schadensersatzansprüche erzeuge, während der Anfechtungsanspruch nur auf Rückgewähr des Entzogenen in das Vermögen des Schuldners gehe, und daß die unerlaubte Handlung unmittelbar einen Anspruch zur Folge habe, während das Anfechtungsrecht nur eine Befugniß aber kein Anspruch sei. Diese Gründe sind nicht stichhaltig. Der dritte beruht auf einer irrigen Auffassung der Rechtsnatur der Anfechtung; vgl. unten. Die ersten beiden lassen außer Acht, daß anfechtbare Rechtshandlungen unerlaubte Handlungen sein, ja gegen ein Verbotsgesetz verstoßen können, ohne den allgemeinen Deliktsanspruch zu erzeugen. Sie haben vielmehr nur die in der K.O. und dem A.G. bestimmte Wirkungen. Vgl. Anm. 2. Diese Wirkungen sind unmittelbare Folgen des jeweiligen Thatbestandes, also auch einer unerlaubten Handlung, wenn er sich als solche darstellt. Diese Würdigung kann ihm nicht darum genommen werden, weil aus gesetzgeberischen Zweckmäßigkeitsgründen auch anderen Thatbeständen eine gleiche Wirkung beigelegt ist. Der Anfechtungsanspruch ist deshalb möglicherweise ein Deliktsanspruch, der als solcher den Vorschriften des B.G.B. über diese Ansprüche unterliegt; vgl. B G.B. § 273 Abs. 2 §§ 1000, 1007, 393, 1415, 1463, 1525, 1536. Ebenso Petersen-Kleinfeller Anm. 14, 15 zu § 29 K.O.; vgl. Anm. 4. Wann ein Deliktsanspruch vorliegt, ist in jeden einzelnen Falle zu prüfen.

4) **Anfechtbare Handlungen sind unerlaubte Handlungen** immer dann, wenn sie vom Strafgesetz betroffen werden. Dies ist bei Rechtshandlungen, die außerhalb des

Digitized by Google

Konkurses angefochten werden können, dann der Fall, wenn die Thatbestände des § 288 R.Str.G.B. oder des § 241 K.O. erfüllt werden. Aber auch dann, wenn ein Strafgesetz nicht verletzt wird, ist die Veräußerung von Vermögensgegenständen, die vorgenommen wird, um bestimmten oder allen vorhandenen Gläubigern die Befriedigungsmöglichkeit zu entziehen, eine unerlaubte Handlung. Es wird durch sie das jedem Gläubiger seinem Schuldner gegenüber gegebene Recht, die Befriedigung einer bestimmten Forderung durch Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners herbeizuführen, vorsätzlich verletzt (B.G.B. §§ 823, 826). A. M. Linsmayer S. 4 f., 51 f. Sobald bei solchen Handlungen die Thätigkeit des anderen Theiles, des Anfechtungsgegners, über das bloße Wissen und Dulden hinausgeht und nicht in seiner Person liegende Gründe die Annahme einer unerlaubten Handlung ausschließen (s. Anm. 3), ist eine solche auch in seinem Verhalten zu finden und der gegen ihn gerichtete Anfechtungsanspruch ein auf unerlaubter Handlung beruhender. Zu den vorsätzlichen Beschädigungen des Gläubigers sind auch die Fälle des § 3 Nr. 2 zu rechnen, in dem die Benachtheiligungsabsicht vermuthet wird, auch hier ist der Grund des Anspruchs die auf unerlaubten Erfolg gerichtete Handlung des Schuldners und seiner Vertragsgenossen. Vgl. RG. 48, 401.

Dagegen ist es bedenklich, mit dem R.G. alle unter § 3 Nr. 1 und 2 fallenden Handlungen des Schuldners als unerlaubte zu bezeichnen. Eine unerlaubte Handlung muß nach B.G.B. §§ 823, 826 Rechte „eines Andern" verletzen, „einem Andern" Schaden zufügen. Es muß also bei Begehung der Handlung eine bestimmte, durch sie betroffene Person vorhanden sein. War der Anfechtende zur Zeit der Begehung der anfechtbaren Rechtshandlung noch nicht Gläubiger, so ist ihm gegenüber keine unerlaubte Handlung begangen. Dasselbe ist der Fall, wenn ihm zu jener Zeit noch nicht die Forderung zustand, deren Befriedigung er mit der Anfechtung sucht. Ein Recht, das verletzt worden sein muß, ist nur vorhanden, wenn die Befriedigung einer bestimmten Forderung durch freiwillige Zahlung oder mit Zwang herbeigeführt werden soll. Die Befriedigung dieser Forderung muß vereitelt sein.

5) Ueber **die Anfechtung nichtiger Rechtshandlungen** vgl. das in Vorbem. 10 zu § 29 K.O. Gesagte. RG. 50, 121 (7. Senat), jetzt auch Jäger 2. Aufl. § 29 Anm. 46; a. M. Hartmann-Meikel § 1 Nr. 7 und R.G. 6. Sen. 23. 6. 04, JW. 499 f.

6) **Abweichungen der materiellen Vorschrift dieses Gesetzes von dem Rechte des dritten Titels der KO.** regeln sich lediglich aus der verschiedenen Sachlage innerhalb und außerhalb des Konkurses. Sie sind enthalten in § 1 — nur Rechtshandlungen des Schuldners sind anfechtbar Anm. 4 zu § 1; die Anfechtung erfolgt zum Zwecke der Befriedigung eines Gläubigers als ihm gegenüber unwirksam —; in § 2 — Voraussetzungen des Anfechtungsrechts — in § 3 insoweit, als ein dem § 30 K.O. entsprechender Anfechtungsgrund dem Anfechtungsgesetze fehlt; in § 7 — Rückgabe der anfechtbaren entzogenen nur soweit es die Befriedigung des Anfechtenden erfordert —; § 12 — Verjährung —; außerdem enthält das Gesetz besondere prozessuale Vorschriften über die Geltendmachung des Anfechtungsanspruchs, die in der K.O. nicht enthalten sind.

§ 1.

Rechtshandlungen eines Schuldners können außerhalb des Konkursverfahrens zum Zwecke der Befriedigung eines Gläubigers als diesem gegenüber unwirksam nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen angefochten werden.

1. Anfechtung außerhalb des K.Verfahrens.
2. Gegenstände, die im Konkurse der abgesonderten Befriedigung unterliegen.
3. Gegenstände die nicht in die K.Masse fallen.
4. Rechtshandlungen eines Schuldners.
5. Voraussetzung und Zweck des Anfechtungsrechts.
6. Wirkung der erfolgreichen Anfechtung.
7. Erhebung der Anfechtung.
8. Rechtsbehelfe der Anfechtung
9. Rechtsnachfolge in das Anfechtungsrecht.
10. Gerichtsstand der Anfechtungsklage.
11. Oertliche und zeitliche Kollision der Rechte.

1) Das Anfechtungsgesetz regelt **die Anfechtung außerhalb des K.Verfahrens.** Für solche Anfechtungen ist ein anhängiges Konkursverfahren nicht Voraussetzung, sondern, so-

Digitized by Google

weit das in das K.Verfahren fallende Vermögen des Schuldners in Betracht kommt, Hinderniß. Im Konkurse ist das Anfechtungsrecht aller K.Gläubiger einzig in die Hand des K.Verwalters gelegt; neben ihm ist für eine Einzelanfechtung kein Raum. Vgl. Anm. 3—6 zu § 36. Gläubiger, die nicht K.Gläubiger sind, haben auf das zur K.Masse gehörige und lediglich zur Befriedigung der K.Gläubiger dienende Vermögen des Schuldners (K.O. § 3) keinen Anspruch. Auch während des schwebenden Konkurses aber fallen außerhalb des Konkurses:

1. Gegenstände, die der abgesonderten Befriedigung unterliegen, soweit dies der Fall ist, K.O. § 4 Abs. 2.
2. Gegenstände, die nicht in die K.Masse fallen, K.O. § 1, weil sie entweder der Zwangsvollstreckung nicht unterliegen, oder dem G.Schuldner vom K.Verwalter freigegeben sind, oder weil sie vom G.Schuldner erst nach der K.Eröffnung erworben sind.

Sodann ist eine Anfechtung außerhalb des Konkurses zulässig, wenn ein solcher überhaupt nicht schwebt oder bereits beendet ist, soweit im zweiten Falle nicht durch die anfechtbare Rechtshandlung dem Vermögen des Schuldners Gegenstände entzogen sind, die nach K.O. §§ 1, 2 zur K.Masse gehörten und gemäß § 166 Abs. 2 als nachträglich ermittelt gelten müssen und einer Nachtragsvertheilung unterliegen. In diesem Falle steht auch nach Beendigung des Konkurses lediglich dem Verwalter die Anfechtung zu. Vgl. KO. § 36 Anm. 5, § 166 Anm. 6.

2) Bei Gegenständen, die der abgesonderten Befriedigung unterliegen, kann das Anfechtungsrecht des Verwalters mit dem des absonderungsberechtigten Einzelgläubigers konkurrieren, sobald das Absonderungsrecht den Werth des Gegenstandes nicht erschöpft, der Ueberschuß also in die K.Masse fällt, vgl. Anm. 6 zur K.O. § 36. Dabei erfolgt die Anfechtung des einen niemals zu Gunsten des anderen, denn die K.Anfechtung bewirkt nur Unwirksamkeit den K.Gläubigern gegenüber, KO. § 29, die Einzelanfechtung nur dem anfechtenden Gläubiger („diesem") gegenüber. Wollen sich deshalb beide die Befriedigung sichern, so müssen beide anfechten. RG. 20, 29; 25, 63.

3) Von Gegenständen, die nicht in die K.Masse fallen, können solche, die der Zwangsvollstreckung nicht unterliegen, Ziel des Anfechtungsanspruchs von solchen Personen sein, denen gegenüber die Beschränkung der Zwangsvollstreckung wegfällt; nur solche werden durch die Veräußerung derartiger Gegenstände geschädigt. Aber auch sie können mit der Einzelanfechtung nur vorgehen, wenn sie nicht mit ihrem Anspruche K.Gläubiger sind. Sind sie K.Gläubiger, so erfolgt ihre Befriedigung lediglich im K.Verfahren (K.O. §§ 12, 14). Die im Uebrigen der Zwangsvollstreckung nicht unterliegenden Gegenstände müssen deshalb, soweit es zu ihrer Befriedigung nothwendig ist, zur K.Masse gezogen werden. Vgl. K.O. § 1 Anm. 8, § 151 Anm. 9. Auch die gegen die Veräußerung solcher Gegenstände gerichtete Anfechtung steht daher während des Konkurses und zur Befriedigung eines K.Gläubigers nur dem Verwalter zu, selbst dann, wenn er das Anfechtungsrecht nur für *einen* Gläubiger geltend zu machen hätte.

Die Anfechtung von Rechtshandlungen, die der Schuldner während schwebenden Konkurses rücksichtlich seines übrigen nicht in die K.Masse fallenden Vermögens vorgenommen hat, steht allen Gläubigern zu, den Konkursgläubigern auf Grund der ausdrücklichen Bestimmungen des § 13 Abs. 5 (vgl. Anm. zu § 13).

4) Rechtshandlungen eines Schuldners. Die Einzelanfechtung kann nur die Wirksamkeit von Rechtshandlungen des *Schuldners* zum Gegenstande haben, abweichend von der K.Anfechtung, Anm. 2 § 29, Anm. 21, 8 § 30. Der § 30 K.O., der theilweise Rechtshandlungen *Dritter* umfaßt, hat für das Anf.Ges. keine entsprechende Anwendung. Abgesehen von den den § 30 betreffenden Bemerkungen gilt von dem Begriffe der Rechtshandlungen, von Unterlassungen, von Rechtshandlungen eines Bevollmächtigten des Schuldners und von der Anfechtung hinsichtlich des dem Schuldner mit Anderen gemeinschaftlich gehörigen Eigenthums das in Anm. 1—3, 10 K.O. § 29 Gesagte.

Digitized by Google

5) **Als Voraussetzung des Anfechtungsrechts** ist ausdrücklich die Vorschrift des § 2 gegeben. Aus ihr, sowie aus **dem Anfechtungszweck**, als der im § 1 die Befriedigung des Gläubigers bezeichnet ist, und aus dem Hinweise auf die folgenden Bestimmungen, von denen besonders die der §§ 3, 3a, 11 in Betracht kommen, ergiebt sich, daß durch die anzufechtende Rechtshandlung der Gläubiger benachtheiligt sein muß und zwar in allen Anfechtungsfällen, auch da, wo es nicht besonders hervorgehoben ist (§ 3 Nr. 3 u. 4, § 3a). **RG.** 48, 151; 52 227, 232; 16. Sept. 1904, J.W. 559. Die Benachtheiligung besteht in der Entziehung von Befriedigungsgegenständen, **RG. 27**, 130, die Beseitigung der Benachtheiligung erfolgt durch Zurückführung des Entzogenen in den Machtbereich des Gläubigers, der deshalb seinen Anfechtungsanspruch niemals gegen den Schuldner, sondern nur gegen den dritten Empfänger richten kann. Ueber die Nebenintervention des Schuldners vgl. Anm. 5 zu § 8. Der Zweck hat andererseits zur Folge, daß der Anfechtungsgegner durch Befriedigung des Gläubigers den auf entsprechende Rückgewähr der Befriedigungsmittel gerichteten Anfechtungsanspruch beseitigen kann. Befriedigt der Empfänger den Anfechtenden, so hat er das hierzu Hergegebene nach Grund und Absicht der Betheiligten nicht als Gegenleistung an den Schuldner (§ 8), sondern als Rückgewährsleistung auf seine im § 7 ausgedrückte Anfechtungsschuld gegeben und insoweit diese Rückgewährschuld in Höhe des Gegebenen getilgt; was ihm in gleicher Höhe auch gegenüber den später angreifenden Gläubigern als Einwand gegen eine verlangte nochmalige Rückgewähr zu Gute kommen muß. Mot. S. 663 zu § 7. Otto S. 240, 241. Der Werth des Streitgegenstandes ist daher nur der Betrag der Forderung des Gläubigers. **RG. 7**, 393; 6. Dezbr. 1894, J.W. 1895 S. 38. Ueber die Merkmale der Benachtheiligung, ihren Zeitpunkt, ihr Verhältniß zu dem Befriedigungsrechte des Gläubigers, die Beweislast, findet alles das Anwendung, was in den Anm. 5—8 zu K.O. § 29 gesagt ist. Vgl. zu dem dort Gesagten: Bestellung einer Hypothek als nachtheilige Handlung (Anm. 5). **RG. 53**, 234: Ausschlagung einer Erbschaft (Anm. 7), **RG. 54**, 289: Ueber die Unfähigkeit des Schuldners zur Befriedigung des Gläubigers, vgl. Anm. 8 zu § 2.

Weitere Erfordernisse für die Anfechtung aufzustellen, ist nach dem Hinweis auf die „folgenden Bestimmungen", also §§ 2—14, unnöthig. In Uebereinstimmung mit der K.Anfechtung ist es also nicht erforderlich, daß gegen den Anfechtenden gerade durch die Rechtshandlung ein Betrug begangen ist, daß der Anfechtende gerade durch die Handlung benachtheiligt ist, daß die Forderung des Anfechtenden schon zur Zeit der angefochtenen Handlung entstanden war, **RG. 15**, 62; **26**, 11; 17. März 1885, J.W. 159; 20. Mai 1886, J.W. 230; 29. Dezbr. 1903, J W. 152 (a.M. ohne Grund Kranichfeld S. 23 Nr. 9, vgl. dagegen Jaeckel **45**, 58 ff.; Cosack S. 40) oder daß dem Schuldner schon zur Zeit der Handlung oder in Folge der Handlung die bereiten Befriedigungsmittel fehlten.

6) **Die Wirkung der erfolgreichen Anfechtung** besteht darin, daß relativ, für das Verhältniß des Anfechtungsgegners zu dem anfechtenden Gläubiger (nicht darüber hinaus, **RG. 32**, 101), die angefochtene Rechtshandlung als nicht geschehen angesehen und das in Folge der Rechtshandlung dem Vermögen des Schuldners Entzogene noch als zu diesem Vermögen gehörig behandelt wird. In dieser Beziehung gilt das in Anm. 11 § 29 Bemerkte. Daß die Wirkung der Anfechtung nach K.O. und A.G. einer von der des B.G.B. §§ 119—124 völlig abweichende ist, daß ihr also die jener zukommende gleiche Wirkung fehlt, hat das Reichsgericht in neueren Entscheidungen bestätigt, vgl. **RG. 52**, 334; **56**, 142, 194; 58, 44, 105. Durch die bloße obligatorische Wirkung der Anfechtung wird auch der Anfechtungsanspruch im § 7 und der im Anfechtungsprozesse vom Gläubiger zu stellende Antrag, § 9, bestimmt. Dem Schuldner gegenüber bleibt die Rechtshandlung mit Gewährleistungspflicht des Schuldners wirksam, also auch gegenüber der K.Masse des Schuldners; **RG. 19**, 202; 18. Jan. 1894, J.W. 122. Auch andere Gläubiger können sich nicht auf die durch Einen von ihnen für sich erstrittene Unwirksamkeit berufen. **RG. 24**, 92. Wiefern der Empfänger das Erhaltene auf Andere wirksam oder nur anfechtbar übertragen kann, wird durch § 11 bestimmt. Ueber das Verhältniß dritter Personen zum Anfechtungsgegner gilt ebenfalls das zu § 29 K.O. (Anm. 13) Gesagte. Es wird durch die Anfechtung nicht be-

Digitized by Google

rührt. So bleibt, wenn zwischen dem Anfechtungsgegner und einem Drittschuldner (des Schuldners) gegen eine anfechtbar erworbene Forderung des Schuldners mit einer Forderung des Drittschuldners aufgerechnet ist, dessen Schuld auch dann getilgt, wenn die Uebertragung der Forderung mit Erfolg angefochten ist. RG. 58, 105, JW. 04, 361. Auch das Recht des Ehemannes auf einen der Gütergemeinschaft unterliegenden Gegenstand wird nicht dadurch berührt, daß der Gegenstand vor Eingehung der Gütergemeinschaft anfechtbar erworben war, sofern der Ehemann nur als Rechtsnachfolger der Ehefrau in Anspruch genommen ist, RG. 19. April 1904, JW. 368. Daß der gütergemeinschaftliche Ehemann als solcher für die vorehelichen Schulden der Ehefrau haftet, ist bei der Entscheidung offenbar nicht in Frage gekommen. — Der charakteristische Unterschied zwischen der K.Anfechtung der §§ 29—42 und der Anfechtung aus dem Anf.Ges. liegt darin, daß die erste, wenn erfolgreich, da die Rechtshandlung allen K Gläubigern gegenüber unwirksam ist, der K.Masse den gesammten entzogenen Werth zurückführt und durch den Verwalter im Interesse der Masse durchzuführen ist, und dagegen die Einzelanfechtung nur die Unwirksamkeit für den einzelnen Gläubiger in Höhe seines Befriedigungsrechts zur Folge hat und von dem einzelnen Gläubiger geltend zu machen ist Das Anfechtungsrecht ist dem Gläubiger als sein Recht in seinem Interesse gegeben Die von Fitting § 17 Anm. 2 versuchte künstliche Konstruktion, wonach der Gläubiger Vertreter des Schuldners behufs der Zurückführung des Vermögensstücks zum Vermögen des Schuldners im Interesse des Gläubigers sein soll, ist nach dem Gesetze weder zur Aufklärung nöthig noch zulässig.

7) **Die Anfechtung wird** in der Regel durch Geltendmachung des im § 7 näher bezeichneten Anspruches **erhoben** werden. Dies kann insofern formlos, insbesondere ohne Erhebung einer Klage oder Geltendmachung im Prozesse geschehen, als es keines Richterspruchs zur Durchführung der Anfechtung bedarf. Vielmehr ist nach dem oben Anm. 5 Gesagten durch die Befriedigung des so erhobenen Anspruchs, insoweit damit eine Rückgewähr des dem Schuldnervermögen Entzogenen geschehen ist, die Anfechtung für den jetzt und für jeden später anfechtenden Gläubiger erledigt. Die Anfechtung braucht aber lediglich durch Abgabe einer Anfechtungserklärung zu erfolgen, die eine formlose empfangsbedürftige Willenserklärung ist. Diese Erklärung löst nicht etwa den Bestand des zwischen dem Schuldner und dem Anfechtungsgegner geschlossenen Rechtsgeschäfts oder des durch eine Rechtshandlung des Schuldners geschaffenen Rechtszustands auf, läßt diese vielmehr unberührt (vgl. Anm. 6). Sie ist insofern mit der Anfechtung, die das B.G.B. auf Grund von Willensmängeln zuläßt und die eine unmittelbar zwischen Anfechtendem und Anfechtungsgegner wirkende rechtsgeschäftliche Bedeutung hat, nicht vergleichbar. Sie ist vielmehr die förmliche Erklärung des Willens, das zwischen Schuldner und Anfechtungsgegner bestehende an sich gültige und wirksame Rechtsverhältniß nicht gelten lassen, sondern als unwirksam behandeln und insofern die gegen den Schuldner gegebene Forderung gegen den Anfechtungsgegner geltend machen zu wollen (RG. 39, 15), und es bedarf ihrer entweder in der Form der Anspruchserhebung oder in der Form der bloßen Anfechtungserklärung erfolgenden Aeußerung, um die Verpflichtung des Anfechtungsgegners gemäß § 7 zur Wirksamkeit zu bringen. Als ein solcher ebenfalls als rechtsgeschäftlich (wie eine Besitzergreifung) zu bezeichnender Akt hat die Anfechtung ihre selbständige Bedeutung, die sich besonders in der Wahrung der im Gesetz gegebenen Frist äußert (vgl. hierzu Anm. 6 zu § 12). Die Anfechtung hat diese von dem aus § 7 gegebenen Anspruche abweichende Bedeutung erst durch das E.G. zur K.O.N. und die K.O.N. erlangt, nach denen in dem A.G. in Uebereinstimmung mit der K.O. überall da, wo bisher die Rechtshängigkeit also die Erhebung des Anfechtungsanspruchs für die Berechnung einer Frist als maßgebender Zeitpunkt genannt war, nunmehr die Vornahme der Anfechtung als dieser Zeitpunkt bezeichnet ist (§ 3 Nr. 2, 3, 4, §§ 12, 13) und in denen in der zutreffenden Entscheidung, daß das so entwickelte Anfechtungsrecht kein Anspruch (B.G.B. § 194) und deßhalb auch nicht der Verjährung unterworfen sei, die frühere Verjährungsvorschrift des A.G. und der K.O. durch Bestimmung von Ausschlußfristen für das Recht ersetzt ist (§ 12, K.O. § 41). Es

Digitized by Google

ist so eine Analogie zwischen der Gläubigeranfechtung und der auf Willensmängeln beruhenden Anfechtung des B.G.B. geschaffen, die aber weiter als hier geschildert, trotz der eine völlige Uebereinstimmung betonenden Aeußerung der Begründung zur K.O.N. S. 35 und zum E G. dazu S. 61 sowie der Regierungsvertreter in der Kommissionsberathung S. 13 f., nicht geht. Wie die Motive: Jäger, 1. Aufl. Anm. 41, Meyer, Anm. zu § 29 K.O., L. Seuffert S. 220, Fitting, 4. Aufl. S. 17 III. Dagegen hat das Reichsgericht in zwei für das A.G. (RG. 52, 334 ff. und 58, 44) und einer für die K.O. (vom 28. Juni 1904, JW. S. 496) ergangenen Entscheidung jede Analogie zwischen der wegen Willensmängel gegebenen Anfechtung und der Gläubigeranfechtung abgelehnt und unter Hervorhebung der zwischen den beiden Anfechtungen bestehenden begrifflichen Unterschiede ausgeführt, daß die Aenderungen des Anfechtungsgesetzes den allerdings in der Begründung ausgesprochenen Willen des Gesetzgebers nicht zum Ausdruck gebracht hätten. Insbesondere ergebe sich aus der Beibehaltung der Vorschrift der lediglich von einer „einrede-" oder „klagweise" geltend zu machenden Anfechtung sprechenden §§ 5 und 9, daß die Anfechtung nach wie vor nur als ein Anspruch zu betrachten sei. Ueber die näheren, besonders auf die Frage der Unterbrechung der für die Anfechtung gegebenen Frist hinzielenden Gründe des RG. vgl. Anm. zu § 12. Hier sei nur soviel bemerkt, daß die §§ 5 und 9 schon deßhalb nicht für die Ansicht des Reichsgerichts sprechen, weil auch dieses nicht behaupten will, daß es eine andere Geltendmachung der Anfechtung als die prozessuale überhaupt nicht gebe, daß also die Frage der Anfechtung, wie die Anfechtung einer Ehe z. B. nur durch Richterspruch zu erledigen sei. Ueber die Bedeutung der §§ 5 und 9 sowie des ebenfalls vom R.G. herangezogenen § 4 vgl. die Anm. zu diesen Paragraphen. Im Zusammenhange ist die Frage erörtert von Kurlbaum, J.W. 1905 S. 5. Wie das Reichsgericht: Petersen-Kleinfeller Anm. 11 zu § 29, Jäger, 2. Aufl. Anm. 54—56. Hartmann-Meikel, Anf.Ges. Vorbem. § 3, Bernhardi, Anf.Ges. Anm. 1 zu § 1.

8) **Die Rechtsbehelfe der Anfechtung,** wenn sie nicht außergerichtlich erledigt wird, sind gemäß § 5 die Einrede, gemäß § 9 die Klage und ebenso möglicher Weise die Replik. Vgl. hierüber das in Anm. 15 zu § 29 K.O. Gesagte. Die Replik der Anfechtung ist auch außerhalb des Konkurses überall da möglich, wo ein dem Anspruche des Klägers entgegenstehender Anspruch im Wege der Anfechtung beseitigt werden kann. RG. 19, 202.

9) **Eine Rechtsnachfolge in das Anfechtungsrecht** ohne gleichzeitige Rechtsnachfolge in eine gegen den Schuldner gerichtete Forderung ist mit Ausnahme eines gesetzlich bestimmten Falles nicht zulässig, vgl. § 13 Anm. Bei gleichzeitigem Uebergang der Forderung ist ein besonderer Uebergang des Anfechtungsrechts nicht erforderlich. Das Recht steht jedem Gläubiger zu, bei dem die Voraussetzungen des § 2 vorliegen und kann von einem solchen geltend gemacht werden. Jeder, der eine Forderung mit vollstreckbarem Titel erworben hat, steht im Besitz eines vollstreckbaren Titels auch dann, wenn die Vollstreckungsklausel auf ihn noch nicht umgeschrieben ist. Die Vollstreckungsklausel ist keine Bedingung der Vollstreckbarkeit (s. Anm. 3 zu § 2). Solange das Anfechtungsrecht noch nicht geltend gemacht ist, solange also der frühere Gläubiger von diesem Rechte noch keinen Besitz ergriffen hat, braucht der Erwerber der Forderung sein Anfechtungsrecht nicht von seinem Vorbesitzer herzuleiten, sondern kann es aus eigenem Rechte geltend machen. Ist die Anfechtung aber erklärt, hat der Vorbesitzer in irgend einer Weise von dem Anfechtungsrechte Gebrauch gemacht, so läßt sich der einmal entstandene, auf dieser Anfechtung beruhende Anspruch ebenfalls nicht mehr von der Forderung trennen, um deren Befriedigung es sich bei der Verfolgung des Anfechtungsanspruches handelt. Er geht deßhalb bei einem Uebergang der Forderung auch ohne besondere Erklärung auf den neuen Gläubiger mit über, vgl. die Analogie des B.G.B. § 401 und Planck, Anm. 1 zu § 401. Der neue Gläubiger kann sich in allen Punkten auf die bereits durch den bisherigen Gläubiger erfolgte Anfechtung berufen. RG. 39, 12. Andererseits muß er sich alle zwischen dem früheren Gläubiger und dem Anfechtungsgegner getroffenen Abreden entgegenhalten lassen, besonders also eine von seinem Rechtsvorgänger übernommene Verpflichtung, den Anfechtungsanspruch nicht geltend zu machen. Hat Jener dem Anfechtungsgegner erklärt, daß er nicht

Digitized by Google

anfechten werde, so bedeutet diese Erklärung entweder das Anerkenntniß, daß er wegen seiner Forderung kein Anfechtungsrecht habe, oder aber den Verzicht darauf, aus dem allerdings behaupteten Anfechtungsrechte einen Anspruch herzuleiten. In beiden Fällen ist der Rechtsnachfolger an die Erklärung gebunden. Eine Uebertragung der Forderung ohne das Anfechtungsrecht kann nie die Wirkung haben, daß das Anfechtungsrecht in der Hand des Uebertragenden bleiben oder in eine andere Hand als die des Forderungsgläubigers kommen solle (RG. 39, 12), sie kann an sich nur die Bedeutung haben, daß der neue Gläubiger sich dem alten gegenüber verpflichtet, das Anfechtungsrecht nicht geltend zu machen. Ein von dem Anfechtungsgegner lediglich auf solche Abmachung zwischen dem alten und dem neuen Gläubiger gestützter Einwand würde die Berufung auf das Recht eines Dritten darstellen.

Der einzige Fall, in dem das Anfechtungsrecht ohne die Forderung auf einen Dritten übergeht, ist der kraft Gesetzes mit der Konkurseröffnung erfolgende Uebergang aller Anfechtungsrechte des Gläubigers auf den Konkursverwalter, vgl. hierzu Anm. 2, 4 zu § 13.

10) Ueber den **Gerichtsstand der Anfechtungsklage** vgl. das in Anm. 19 zu § 29 Gesagte. Wegen der Fälle aus § 3 Nr. 1 und 2, § 11 Nr. 1, die nicht zu den unerlaubten Handlungen gerechnet werden können, vgl. Vorbem. 4 zu diesem Gesetz. Vgl. ferner RG. 48, 401. Die Zulässigkeit eines fori delicti commissi verneinen besonders Jäger, 2. Aufl. Anm. 18 zu § 29 K.O., Seuffert S. 225 f., Hartmann-Meikel S. 19 ff., Eccius in Rassow 34, 148 ff., Linsmayr S. 3 ff.

11) Ueber **örtliche und zeitliche Kollision der Rechte** vgl. Anm. 20 und 21 zu § 29 K.O.

§ 2.

Zur Anfechtung ist jeder Gläubiger, welcher einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat und dessen Forderung fällig ist, befugt, sofern die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers nicht geführt hat oder anzunehmen ist, daß sie zu einer solchen nicht führen würde.

1. Anfechtungserfordernisse.
   I. beim Gläubiger.
   a) Vollstreckbarkeit.
2. Vollstreckbarer Titel.
3. Vorliegen des Titels bei der Anfechtung.
4. Inhalt des Titels.
5. Vollstreckbarkeit gegen Rechtsnachfolger.
6. Einwendungen gegen Gläubigereigenschaft und Titel.
7. b) Fälligkeit der Forderung.
   II beim Schuldner.
8. Befriedigungsunfähigkeit
9. Nachweis der fruchtlos versuchten Vollstreckung
10. Nachweis der Aussichtslosigkeit einer Vollstreckung.
11. Theilbefriedigung.

1) Die Voraussetzungen für die Anfechtung sind: I. für die Berechtigung des Gläubigers: a) daß er für seine Forderung einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat und b) daß die Forderung fällig ist; II. für den Vermögenszustand des Schuldners, daß ihm die durch Zwangsvollstreckung zu erreichenden Mittel zur Befriedigung des Gläubigers fehlen. Alle diese Erfordernisse müssen zur Zeit der Anfechtung vorhanden und nicht erst noch zu erwarten sein („Zur Anfechtung ist befugt").

I. Erfordernisse beim Gläubiger.

2) a) Vollstreckbarkeit. Was zu den **vollstreckbaren Schuldtiteln** gehört, ergiebt sich aus C.P.O. §§ 704, 708 ff., 794, 801; 722, 1042; K.O. §§ 164, 194, vgl. RG. 16, 32; Str.P.O. § 495; R.Anw.O. §§ 94, 97. Ein Arrestbefehl, der noch kein Recht auf Zwangsvollstreckung durch Verwerthung des Gepfändeten gewährt, ist kein vollstreckbarer Titel im Sinne des § 2. RG. 32, 233; 12. Juli 1894, JW. 456; 25. Nov. 1887, JW. 1888 S. 18. Auch die Feststellung im Konkurse giebt die Befugnis zur Anfechtung und zwar auch schon während des Konkurses zur Anwendung des § 13 Abs. 5 dieses Gesetzes; RG. 16, 32, 35, 80 ff.; vgl. Anm. 6 zu K.O. § 164. Vgl. landesgesetzlich für Preußen:

Digitized by Google

Ausf.-Ges. z. C.P.O. v. 24. März 1879, §§ 14, 15 und V. über Verwaltungszwangsverf. v. 15. Nov. 1899, G.S. S. 545.

3) **Der vollstreckbare Schuldtitel muß zur Zeit der Anfechtung vorliegen.** Das Anfechtungsrecht, zum Schutze des Gläubigers durch die positive Gesetzgebung bestimmt, ist dem Gläubiger als ein Recht gegeben, das er erhält, wenn die Forderung vollstreckbar ist, somit als ein Theil seines Vollstreckungsrechts. Es ist eine Ergänzung der Vollstreckungsmittel und dies ist im § 2 auch dadurch ausgedrückt, daß die Befugniß erst besteht, wenn der Gläubiger einen vollstreckbaren Titel erlangt hat. RG. 7, 189. Indeß bezeichnet dies nach dem Gesetze nur die Unzulässigkeit einer früheren Geltendmachung des Anfechtungsrechts; der Anfechtungs*anspruch* ist schon durch den Abschluß der Rechtshandlung, und die Entstehung der Forderung des Gläubigers für den Fall der Unfähigkeit des Schuldners bedingt gegeben; es fehlt dem Gläubiger nur die Möglichkeit, sich seiner zu bedienen (vgl. Anm. 7 zu § 1), und deshalb kann er auch schon vor der Feststellung eines vollstreckbaren Titels im Wege der Einrede geltend gemacht (§ 5) und durch einstweilige Verfügungen und Arreste gesichert werden. Infolgedessen kann auch die Anfechtungsklage schon vor der Erlangung eines vollstreckbaren Titels erhoben werden, wenn dieser nur in der mündlichen Verhandlung vorliegt, auf die das Urtheil ergehen soll, RG. 41, 87. Ist dies nicht der Fall, so braucht sich der Beklagte auf eine Vertagung zum Zwecke der Beschaffung des Titels nicht einzulassen, sondern kann Abweisung der Klage verlangen. Die vorherige Klage hat, wenn es auf die Wahrung einer Frist ankommt, die Bedeutung der nach § 4 zulässigen Ankündigung der Anfechtung, die eigentliche Anfechtung kann erst mit dem vollstreckbaren Titel erfolgen, RG. 27. März 1889, J.W. 209. Daß die Vollstreckung jedoch alsdann bereits durch eine Vollstreckungsklausel festgestellt sein müsse, oder die zum Vollstreckungsbeginn (nicht zur objektiven Vollstreckbarkeit des Titels) verlangten formellen Erfordernisse nach §§ 750, 751, 795 C.P.O. nachgewiesen sein müssen, wird vom Gesetze nicht verlangt. Die Thatsache, von der eine Vollstreckbarkeit abhängt, muß allerdings eingetreten sein, weil sie Bedingung der Vollstreckbarkeit (nicht bloß der Vollstreckung) ist, während eine auferlegte Sicherheitsleistung zwar die Vollstreckung aber nicht die Vollstreckbarkeit und damit nicht die Anfechtung bedingt. Jaeckel S. 27. — Das Anfechtungsrecht ist nur mit der unbedingten, rechtskräftigen Vollstreckbarkeit ausführbar; für den nur vorläufig oder unter Vorbehalt vollstreckbaren Schuldtitel bleibt die Ausführung des Anfechtungsanspruchs suspendirt, vgl. § 10 u. Anm. zu § 5.

4) **Die vollstreckbare Forderung** muß ferner derartig sein, daß die „Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners" erfolgen und durch die Vollstreckungsmittel unmittelbar die Befriedigung des Gläubigers bewirkt werden kann; wie die fernere Voraussetzung des § 2 (Befriedigungsunfähigkeit, Anm. 3) und der Zweck des Anspruchs nach §§ 1, 7 ergeben. („Zum Zwecke der Befriedigung" § 1 und „Zurückgewährung" § 7.) Nicht erforderlich ist, daß die Verurtheilung auf Zahlung an den Gläubiger geht; der Miterbe kann auch auf Grund eines Urtheils anfechten, das zur Zahlung an die Nachlaßmasse verurtheilt (B.G.B. § 2039). Ein wenngleich rechtskräftiges Urtheil auf Handlungen oder Unterlassungen, z. B. auf Rechnungslegung oder auf einen in besonderem Verfahren erst noch festzustellenden Betrag ist nicht vollstreckbar. Dagegen ist ein gegen den Schuldner gerichtetes Urtheil zur Vorauszahlung der Kosten, die durch die Vornahme einer ihm durch Urtheil auferlegten aber gemäß C.P.O. § 887 vom Gläubiger zu bewirkenden Handlung entstehen, ein zur Anfechtung geeigneter Titel. Der Gläubiger muß die Vollstreckbarkeit für einen bestimmten Schuldbetrag als *Geldforderung* nachweisen. Dies entspricht dem Zwecke des Anf.-Ges. (vgl. § 7) und der dazu verlangten Vollstreckbarkeit. Nur wenn der Gläubiger den Nachweis liefern kann, daß er auch das Interesse an der ihm geschuldeten anderen Leistung vom Schuldner nicht beitreiben kann, hat er dargethan, daß er durch die anfechtbare Rechtshandlung benachtheiligt ist. Daß Benachtheiligung vorliegt, ist aber überall, auch wo es nicht besonders hervorgehoben ist, Voraussetzung des Anfechtungsrechtes. Vgl. Anm. 3 zu § 3. Nur für den Fall, daß eine Geld-

Digitized by Google

leistung geschuldet wird, trifft auch der Ausdruck für die Voraussetzung zu, daß die „Forderung" (nicht allgemeiner: „Anspruch", vgl. Gegensatz in den §§ 828 und 846 ff. C.P.O.) „fällig" sein muß. RG. 18, 145; 27. Nov. 1887, JW. 495; 24. Febr. 1893, JW. 201, 22, 97, JW. 98, 74; Obtr. 77, 197; Eccius 1, § 114 zu 1c; Korn S. 1 ff. Die Vollstreckbarkeit muß auch auf Zahlung gerichtet sein; ein Anspruch auf Sicherung genügt nicht, RG. 19, 204. Abweichend erklärt Jäckel S. 213 ff. einen vollstreckbaren Schuldtitel auf Lieferung spezieller oder vertretbarer Sachen dann für genügend, wenn der Anfechtungsantrag, § 7, die Gewährung derselben speziellen oder vertretbaren Sachen betrifft; desgleichen Cosack S. 12—15, 31 für Ansprüche auf bestimmte individuelle Sachen, und Markus in Raff K. 33, 251; Hartmann-Meickel Anm. 2 zu § 2 und Petersen-Kleinfeller Anm. 2 für alle vollstreckbaren vermögensrechtlichen Ansprüche. Die Anfechtung auf Grund solchen Titels könnte gegen den Anfechtungsgegner nur durchgeführt werden, wenn der entzogene dem Kläger geschuldete Gegenstand sich noch in der Hand des Anfechtungsgegners befindet. Der gegen ihn nach allgemeinen Grundsätzen zulässige Ersatzanspruch (Anm. zu § 7) bedürfte erst eines neuen vollstreckbaren Titels und der fruchtlos wegen des Ersatzanspruchs versuchten Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner. Man sieht daraus, daß im § 2 nur ein gegen das Vermögen des Schuldners im Ganzen gerichteter Vollstreckungstitel gemeint sein kann. Die Verfügung der Vermögensbeschlagnahme nach Str.Pr.O. § 338 ist kein zur Anfechtung berechtigender Titel. Es handelt sich bei dieser Verfügung darum, den Abwesenden zu zwingen, sich dem Strafrichter zu stellen, nicht eine Forderung des Fiskus zu befriedigen. Das beschlagnahmte Vermögen ist vielmehr dazu bestimmt, dem Eigentümer nach Wegfall der Gründe der Beschlagnahme zurückgegeben zu werden (§ 375). Auf den Rückempfang anfechtbar veräußerter Gegenstände aber hat der Veräußerer keinen Anspruch; zwischen ihm und dem Empfänger ist das Geschäft wirksam. Die anfechtbar veräußerten Gegenstände können ihm also nicht mehr entzogen werden und durch eine Entziehung, die den Dritten trifft, kann gegen den Schuldner kein Zwang ausgeübt werden. Vgl. Hartmann-Meickel Bem. 7 zu § 2. A. M. Petersen-Kleinfeller Anm. 4.

5) Die Vollstreckbarkeit muß die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners ermöglichen; indeß genügt sie, wenn gegen einen Schuldner vorhanden, auch zur Anfechtung von Rechtshandlungen aller derjenigen — **Erben und sonstiger Rechtsnachfolger**, C.P.O. §§ 727, 779 ff., 265 — gegen die der Schuldtitel ebenfalls vollstreckbar ist.

6) **Einwendungen des Gegners gegen die Gläubigereigenschaft und den vollstreckbaren Schuldtitel.** Der vollstreckbare Titel giebt dem Anfechtenden als Gläubiger dem Dritten gegenüber nicht nur den Ausweis, sondern begründet das Anfechtungsrecht selbst als einen Theil seiner Vollstreckungsrechte. Der Gegner hat nicht das Recht, einen andern Nachweis für die Gläubigereigenschaft zu fordern und den Anfechtenden zu zwingen, die gegen den Schuldner nachgewiesene Forderung nochmals gegen den Anfechtungsgegner zu beweisen. Der Gegner kann gegen den Anfechtungsanspruch nur Einwendungen aus seinem eigenen Rechte geltend machen. Indeß bei seinem Interesse und seinem Rechte, nur einem noch bestehenden Schuldverhältnisse des Schuldners und nur einem redlichen und nicht dolos erwirkten Schuldtitel weichen zu müssen, (exc. doli), gehören zu den auf dem Rechte des Anfechtungsgegners beruhenden Einwendungen auch diejenigen, die darauf gegründet sind, daß der vollstreckbare Schuldtitel in doloser Weise Dritten gegenüber erwirkt ist, oder darauf, daß der vollstreckbare Titel nicht noch zur Zeit dem Schuldner gegenüber wirksam ist. Eine bezahlte Forderung ist nicht mehr fällig; und der Einwand aus dem Erlöschen der Wirksamkeit des Schuldtitels ist ein Einwand aus dem eigenen Rechte des Anfechtungsgegners, die Grundlage des Anfechtungsanspruchs, das Bestehen einer durch vollstreckbaren Schuldtitel verfolgbaren Forderung zu bestreiten. Auch der Einwand des dolus gegen den Anfechtungsgegner ist für diesen stets ein Einwand aus seinem eigenen Rechte. Zulässig sind daher gegen die Vollstreckbarkeit des Titels alle Einwendungen, die der Schuldner selbst gegen sie

Digitized by Google

haben würde, C.P.O. §§ 732, 768, weil diese Einwendungen das vorausgesetzte Erforderniß des vollstreckbaren Schuldtitels treffen und nur ein Bestreiten des Vorhandenseins dieses Erfordernisses sind; ferner gegen die Forderung selbst 1. Einwendungen, die darauf beruhen, daß der Schuldtitel nur durch Kollusion des Schuldners mit dem Gläubiger erwirkt sei und bei redlichem Verhalten gegen Dritte, namentlich die Gläubiger, nicht hätte erfolgen dürfen, exc. doli, Simulation; — die Zulässigkeit dieser Einwendungen beruht auf dem Rechte des Anfechtungsgegners, den dolus des Anfechtenden abzuwehren; RG. 5. April 1895, JW. 267; die Zulassung weiterer Einwendungen gegen die Erwirkung des Schuldtitels gegen den Schuldner, selbst auf Grund eines dem Schuldner gegenüber erfolgten dolosen Verhaltens, würde die unzulässige Gestattung von Einreden aus dem Verfügungsrechte des Schuldners, exc. de jure tertii sein, RG. 7, 188; 21. April 1892, Raff.K. 36, 1146, JW. 301; 2. alle Einwendungen, die für den Schuldner selbst nach der formalen Begründung der Vollstreckbarkeit wegen der Erledigung oder Aenderung des Anspruchs und Befriedigungsrechts des Anfechtungsklägers zulässig sind, und denen gegenüber der Anfechtungskläger bei korrektem Verhalten weder seinem Schuldner noch dem Anfechtungsgegner gegenüber einen Anspruch als noch bestehend aufrecht erhalten könnte, C.P.O. §§ 767, 796 Abs. 2, 797 Abs. 4, insbesondere also die Einrede der Befriedigung oder Beseitigung der Forderung des Gläubigers. Mot. 659; RG. 7, 188; Obtr. 67, 353; Eccius 1, § 114 zu 1, Anm. 27; Jäckel S. 21—27; vgl. Jeß im civ. Arch. 68, 36 ff., 45 ff. Aus der Prozeßstellung des Gegners als Beklagten und aus seiner von der Lage des Schuldners abweichenden Rechtsstellung als Partei im eignen Rechte folgt, daß er nur durch C.P.O. § 278 in der Zeit seiner Geltendmachung beschränkt ist, nicht durch § 767 Abs. 3 gehalten ist, alle Einwendungen gleichzeitig vorzubringen. Die Folgerung von Otto S. 239, daß dem Gegner alle Einwendungen gegen die Verität zuständen, weil der Titel nicht eine Rechtskraft gegen den Dritten erzeuge und dem Gegner dadurch nur die Gegenbeweislast aufgebürdet würde, verkennt, daß der Gegner nur befugt ist, seine Rechte geltend zu machen, und daß es nicht zu seinen Rechten gehört, die Verität der Forderung des Anfechtenden aus dem Verfügungsrechte des Schuldners heraus einer nochmaligen absoluten Prüfung zu unterwerfen. Vgl. RG. 7, 188 und die obigen Citate. Das Recht, seine Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners zu suchen, ist dem Gläubiger durch die Vollstreckbarkeit gegeben und deshalb braucht er nur Einwendungen gelten zu lassen, die dies Recht betreffen. — Cosack S. 38 will auch gegen einen Gläubiger als Anfechtungsgegner, der selbst berechtigt wäre, den Schuldtitel des Anfechtenden oder die ihm zu Grunde liegende Rechtshandlung anzufechten, das Recht der Anfechtung ausschließen, und in dieser Richtung die Gruppe der obigen Einwendungen zu 1 erweitern. Dies ist auch berechtigt; wenn der Anfechtende im Falle seines Sieges das Gewährte in Folge einer gegnerischen Anfechtung zurückgeben müßte, kann der Gegner nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen das Verlangen ablehnen. Dieser Einwand kann aber nur zugelassen werden, wenn der Anfechtungsgegner einen Vollstreckungstitel gegen den gemeinsamen Schuldner entweder schon hat oder gemäß § 5 bis zum Urtheile nachbringen kann. Dies ist dann ausgeschlossen, wenn die Forderung des Anfechtungsgegners etwa nur die aus § 8 ist, die also erst entsteht, wenn das Zugewendete zurückgewährt ist. In diesem Falle würde sich der Streit zwischen dem Anfechtenden und seinem Gegner, der seinerseits anfechten will, zu einem Streit über Bestehen oder Nichtbestehen einer Forderung des Anfechtungsgegners gegen den Schuldner gestalten, was grade ausgeschlossen sein soll. Vgl. Seuffert, Busch 9, 134; a. M. Jaeckel S. 23, Anm. 11. Petersen-Kleinfeller Anm. 18. — Wegen der Einwendungen gegen die Rückgewährforderung vgl. Anm. zu § 7.

7) b) **Fälligkeit der Forderung.** Der Anfechtungsanspruch kann nicht geltend gemacht werden, wenn die Forderung nicht fällig (für den Gläubiger fällig, RG. 1, 124) ist. RG. 12. Juni 1900, JW. 566. Geht die Forderung des Gläubigers auf wiederkehrende Leistungen, so darf deshalb nur wegen der bereits fälligen angefochten werden. RG. 20. Januar 1880, Raff.K. 24 1060; 24. Nov. 1896, JW. 97, 10. (So auch schon für das preuß. Ges. v. 9. Mai 1855 § 1 nach Präj. Nr. 1041 und Obtr. 21, 252 und zwar nach

Digitized by Google

RG. in Raff.K. 24, 1060 als Folge des Erfordernisses der materiellen Vollstreckbarkeit.) Eine vor Fälligkeit erhobene Anfechtungsklage kann als Ankündigung der Anfechtung gemäß § 4 angesehen werden; es genügt dann, daß die Fälligkeit der vollstreckbaren Forderung zur Zeit des Urtheils eingetreten ist. Vgl. RG. 24. Nov. 1896, JW. 97, 10; 27. Sept. 1892, JW. 576. Hält man daraan fest, daß der Anfechtungsanspruch seinem Wesen nach zu den Vollstreckungsbefugnissen des Gläubigers gehört, also als betagter oder bedingter schon vor der Fälligkeit oder vor dem Eintritte der Bedingung begründet sein kann, so muß man allerdings anerkennen, daß die Fälligkeit nicht Voraussetzung und Moment der Entstehung des Anfechtungsanspruchs ist. Der Anspruch ist als betagter oder bedingter ein bereits mit der betagten oder bedingten Vollstreckbarkeit entstandenes Recht. Demgemäß sind für ihn auch die Schutzmittel des Arrestes, sowie der einstweiligen Verfügungen (gegen Beseitigung des Streitgegenstandes oder Erschwerung der Verfolgung) zulässig. RG. 29, 182 ff., 27. Febr. 1886, JW. 117, Raff.K. 30, 745; 17. Febr. 1892, JW. 181, Kammerger. Bl. f. R. 3, 73; vgl. O.L.G. Posen in Busch 13, 421; Jäckel S. 32, Anm. 27 u. S. 225 ff.; Cosack S. 226. Darüber, daß die Forderung nicht älter zu sein braucht, als die angefochtene Handlung vgl. Anm. 5 zu § 1.

8) II. **Befriedigungsunfähigkeit des Schuldners.** Der Anfechtende, der die Bedingungen seiner Anfechtung beweisen muß, hat auch die fernere in der Person des Schuldners zu beweisen, daß (zur Zeit der Anfechtung, vgl. Anm. 3) die Befriedigung des Gläubigers aus dem Vermögen des Schuldners durch Zwangsvollstreckung nicht erwirkt werden kann. Nicht eine Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung im Sinne des § 102 K.O. wird erfordert; auch nicht eine Thätigkeit des Schuldners in solcher Beziehung, sondern der objektive vermögensrechtliche Zustand, in dem zur Zeit eine Zwangsvollstreckung nicht zur Befriedigung führt. Unter Beseitigung der kasuistischen Vorschriften des preuß. Ges. v. 9. Mai 1855 §§ 2—4 ist das Erforderniß im Anschlusse an C.P.O. § 807 dahin aufgestellt, daß „die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers nicht geführt hat oder anzunehmen ist, daß sie zu einer solchen nicht führen würde;" das bedeutet für die zweite Alternative objektiv, daß der Vermögenszustand des Schuldners nicht genügende, im Wege der Zwangsvollstreckung zu verwendende Mittel bietet, um zur Zeit die Befriedigung des Gläubigers zu bewirken. Beide Alternativen verlangen den Nachweis, daß der Schuldner (dem Anfechtungsgläubiger gegenüber oder überhaupt) zur Zeit befriedigungsunfähig ist. Ob dies der Fall ist, unterliegt der richterlichen Thatsachenwürdigung, nicht als eine Thatsache für sich, sondern als Schlußfolgerung aus Thatsachen, worüber als über eine solche daher auch keine Eideszuschiebung möglich ist. C.P.O. § 286. Für keine der beiden Alternativen brauchen die Parteien für die Führung des Beweises und Gegenbeweises darauf Rücksicht zu nehmen, ob der Schuldner noch andere Gläubiger hat und diese ebenfalls befriedigen könnte. Mot.

9) **Zum Nachweise der fruchtlos versuchten Zwangsvollstreckung** genügt es, daß der Gläubiger die der Anfechtung zu Grunde liegende Forderung nicht hat beitreiben können, die fruchtlose Zw.Vollstr. muß aber nicht bloß in einzelne Vermögensstücke stattgefunden haben, sondern „in das Vermögen des Schuldners" wie § 2 sagt, d. h. derartig gegen seine Gesammtvermögensobjekte gerichtet sein, daß bereite, zur Z.V. verwendbare, ohne Verheimlichung des Schuldners zu findende Mittel nicht unversucht gelassen sind. Der Nachweis des Gläubigers kann in gleicher allgemeiner Weise, wie § 2 angiebt, geführt werden und es mag, sofern keine besonderen Verdachtsgründe vorliegen, dafür ein einziger Akt fruchtloser Vollstreckung in das bewegliche Vermögen ausreichen. Ob ein solcher genügt, unterliegt dem richterlichen Ermessen. Eine rechtliche Vermuthung ist (gegen Otto S. 236) im Gesetze darüber nicht aufgestellt. Dem Gegner wird indeß der Einwand und der Nachweis nicht versagt werden dürfen, daß der Schuldner in der That noch genügende, bereite und der Vollstreckung unterworfene Mittel, Werthpapiere, Forderungen, pfandfreie Grundstücke u. s. w. besitzt und nicht eine Z.V. „in das Vermögen" des Schuldners, sondern nur in einen Theil des Vermögens stattgefunden hat. RG. 12. 400; 22, 47; 7. Jan. 1886, JW. 74, Raff.K. 30, 1088; 4. April 1892, JW. 239.

Digitized by Google

10) **Der Nachweis der Aussichtslosigkeit einer Zwangsvollstreckung** kann ebenfalls durch einen Vollstreckungsakt und zwar auch einen wegen einer anderen Forderung vorgenommenen geführt werden. Die Vollstreckung kann auch durch einen anderen Gläubiger versucht sein Es braucht auch überhaupt keine Vollstreckung versucht zu sein. Der Beweis ist vielmehr mit allen zulässigen Mitteln möglich, wegen der Eideszuschiebung vgl. Anm. 9. Andererseits kann man nicht den Beweis (mit Korn S. 24 ff.) schon dann ohne Zulassung des Gegenbeweises für geführt erachten, wenn keine „baaren Mittel" zur Befriedigung vorgefunden sind, weil es sich um Befriedigung einer Geldforderung handle und die Vorschrift sich nach den Mot. an § 807 C.P.O. anschließe. Dies widerspricht dem Zwecke des Gesetzes und dem Begriffe der Zahlungsunfähigkeit, wie sie für die Anfechtung im § 2 definirt ist. Vgl. Cosack S. 43 und RG. 9. Juni 1887, JW. 328 Nr. 7. Das Vorhandensein von anderen als bereiten Vermögensobjekten für sich reicht indeß zur Ablehnung der Anfechtung nicht aus; nicht erreichbare, verborgene, schwer zu realisirende können nach Sinn und Zweck des Gesetzes einen Einwand nicht begründen, RG. 25. Nov. 1886, JS. 1887 S. 3; 4. u. 21. April 1892, JW 239, 301, 302. Falls der Offenbarungseid geleistet ist und nicht ausnahmsweise bereite Exekutionsmittel ergiebt, ist die Voraussetzung erwiesen; indeß ist für den Einwand an sich nicht nöthig, daß ein Offenbarungseid geleistet ist, RG 10, 235. Daß hinsichtlich der zweiten Alternative, der „Annahme" (d. h. Schlußfolgerung), eine z. B. würde fruchtlos sein, alle Vermögensstücke des Schuldners für den Beweis und Gegenbeweis in Betracht kommen, folgt aus dem Wortlaute. Wer nur eine dingliche gegen den Eigenthümer eines Grundstücks gerichtete Forderung hat, dem steht ein Recht zur Anfechtung von Rechtshandlungen dieses „Schuldners" überhaupt nicht zu, und ebenso wenig kann ein Gläubiger, dem eine persönliche Verpflichtung des Schuldners durch Pfand gesichert ist, die Voraussetzung, daß der Schuldner befriedigungsunfähig ist, durch den Nachweis ersetzen, daß das Pfand eine genügende Deckung nicht gewährt. — Vgl. wegen der Zahlungsunfähigkeit überhaupt Jaeckel S. 49—58; Eccius I. § 114 Nr. 1 zu d u. Anm. 30.

11) Die Möglichkeit einer **Theilbefriedigung** in Folge einer z. B. hat nicht zur Folge, daß insoweit ein Anfechtungsanspruch theilweise nicht begründet wäre; sondern sofern durch die z. B. nicht „vollständige" Befriedigung zu erwarten ist, wird der Anfechtungsanspruch in vollem Umfange begründet. Der Gläubiger braucht sich dann nicht darauf verweisen lassen, seine Deckung theilweise durch Exekution zu suchen. RG. 22, 48.

§ 3.

Anfechtbar sind:

1. Rechtshandlungen, welche der Schuldner in der dem anderen Theile bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen, vorgenommen hat;
2. die in dem letzten Jahre vor der Anfechtung geschlossenen entgeltlichen Verträge des Schuldners

   mit seinem Ehegatten, vor oder während der Ehe, mit seinen oder seines Ehegatten Verwandten in auf- und absteigender Linie, mit seinen oder seines Ehegatten voll- und halbbürtigen Geschwistern, oder mit dem Ehegatten einer dieser Personen,

   sofern durch den Abschluß des Vertrages die Gläubiger des Schuldners benachtheiligt werden und der andere Theil nicht beweist, daß ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses eine Absicht des Schuldners, die Gläubiger zu benachtheiligen, nicht bekannt war;
3. die in dem letzten Jahre vor der Anfechtung von dem Schuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen, sofern nicht dieselben gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke zum Gegenstande hatten;

Digitized by Google

4. die in den letzten zwei Jahren vor der Anfechtung von dem Schuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen zu Gunsten seines Ehegatten.

K.O.N.

1. I. Anfechtungsgründe zu N. 1 u. 2.
2. a. Rechtshandlungen.
3. b. Benachtheiligung und Benachtheiligungsabsicht.
4. II. Nr. 2—4. a. Ausschlußfrist.
5. b. Zeit der anfechtbaren Rechtshandlung.
6. III. Nr. 3 u. 4. a. Unentgeltliche Verfügung.
7. b. Lebensversicherungsverträge.
8. c. Wechsel des Güterrechts.
9. Einfluß der K.Eröffnung auf die Anfechtung.

1) I. **Die Anfechtungsgründe des § 3 zu Nr. 1 und 2** stimmen wörtlich mit K.O. § 31 Nr. 1 und 2, und die zu Nr. 3 und 4 wörtlich mit den gleichen Gründen der K.O. § 32 Nr. 1 und 2 überein; mit dem alleinigen Unterschiede, daß als Zeitpunkt, von dem das letzte Jahr in Nr. 2 und 3, die letzten zwei Jahre in Nr. 4 zu rechnen sind, in den §§ 31, 32 K.O. die Eröffnung des K.Verfahrens und im § 3 die Erklärung der Anfechtung bestimmt ist. In allem Uebrigen ist daher auf die Anm. zu den §§ 29, 31, 32 zu verweisen.

2) a) **Der Begriff der Rechtshandlungen** ist, mit dem schon in Anm. 4 zu § 1 erörterten Unterschiede, daß es sich hier nur um Rechtshandlungen des Schuldners handelt, derselbe, wie in Anm. 1—3 zu § 29 K.O. erörtert ist, und ist besonders im § 3 Nr. 1 auch hier derselbe allgemeine wie im § 31 Nr. 1. Er umfaßt namentlich auch die Sicherung eines Gläubigers, seine Befriedigung durch Angabe an Zahlungsstatt, selbst durch reine Deckung, ja auch die bloße Erfüllung einer Verbindlichkeit. Daß Erfüllung oder Sicherung den Gegenstand der angegriffenen Rechtshandlung bildet, kommt lediglich als thatsächliches Moment in Betracht, RG. 45, 23; 51, 76; 23 Sept. 1902, 26. Sept. 1902, 7. Okt. 1902, JW. 546, 590, 593; 19. Juli 1903, JW. 296, findet als solches aber auch seine genügende Wirkung, RG. 4. Dezbr. 1900, Raff.K. 45, 1178. So kann, wenn Erfüllung einer Verbindlichkeit vorliegt, die Benachtheiligungsabsicht nicht schon dann als festgestellt gelten, wenn der Schuldner gewußt hat, daß durch die Erfüllung anderen Gläubigern Vermögensstücke entzogen werden. RG. 57, 161.

Die Bedeutung der **„entgeltlichen Verträge"** in Nr. 2 ist dieselbe, wie in § 31 Nr. 2 K.O.

3) Das **Erforderniß der Benachtheiligung** des Gläubigers besteht allgemein, auch da, wo es nicht besonders hervorgehoben ist (Nr. 1, 3, 4); s. oben Anm. 5 zu § 1 und Anm. 5 zu § 29, Anm. 20 zu § 30 K.O. Ebenso ist die in Nr. 2 erforderte Benachtheiligung durch den Vertrag, wie für § 30 Nr. 1a (s. Anm. 3 dazu) und § 31 Nr. 2 (Anm. 4 dazu) ausgeschlossen, wenn dem Vermögen des Schuldners durch den Vertrag ein entsprechender Gegenwerth ohne Erschwerung der Rechtsverfolgung zugeführt ist, RG. 18. Sept. 1900, JW. 716. Die Befriedigung einzelner, namentlich nicht anfechtungsberechtigter Gläubiger, aber ist kein gleichwertiger Ersatz. RG. 53, 234; 2. Jan. 1903, JW. 51, vgl. ferner RG. 58, 171. — Ueber die **Benachtheiligungsabsicht und die Kenntniß davon** vgl. Anm. 1—3 zu § 31 K.O. Die Kenntniß braucht nicht so zu sein, daß der Anfechtungsgegner die Wege wissen müßte, die der Schuldner zur Benachtheiligung seiner Gläubiger einschlagen will. Es genügt, daß die Umstände ihm den Schluß aufzwingen mußten, der Schuldner gehe, ganz allgemein, mit der Benachtheiligung seiner Gläubiger um. RG. 19. Nov. 1901, JW. 1902, 24. Bei der Führung des Beweises für die Benachtheiligungsabsicht ist wegen der Eideszuschiebung der Anfechtungsgegner als Rechtsnachfolger des Schuldners anzusehen. RG. 43, 92; 30. Juni 1903, JW. 344.

4) II. a) Ueber die Frage, wie die Anfechtung erklärt sein muß, **um die in Nr. 2 bis 4 bestimmten Ausschlußfristen zu wahren,** vgl. A. 7 zu § 1, A. 6 zu § 12. **Als Zeitpunkt,** von dem aus die einjährige und zweijährige Frist zurückgerechnet werden solle, war vor der K.Novelle die Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruchs genannt. Schon damals aber konnte die Frist auch durch Erhebung der Einrede gewahrt werden, obgleich durch diese eine Rechtshängigkeit im Sinne der C.P.O. nicht geschaffen wurde. Die Aenderung der

Digitized by Google

K.Novelle ist darauf zurückzuführen, daß die bloße formlose Erklärung genügen solle, um die Anfechtungsfristen einzuhalten, vgl. Begr. zu K.O.N. S. 35; Komm.Ber. S. 12—14. Auch nach der neuen Fassung halten die Erhebung der Klage oder Einrede im Prozesse für geboten RG. 52, 334, 58, 44, 28. Juni 1904, JW. 496, Jaeger 2. Aufl. Anm. 57 ff. zu § 29 K.O., Hartmann-Meikel Vorbem. § 4, Bernhardi § 1 Anm. 1. Dabei wurde von RG. 52, 334 die Wahrung der Frist durch Einrede schon dann angenommen, wenn die Anfechtung in einem vorbereitenden, dem Gegner zugestellten Schriftsatz erklärt ist, während die anderweiten Entscheidungen und Jaeger a. a. O. die Erhebung der Einrede in der mündlichen Verhandlung für erforderlich erachten. Aus dem Wortlaute des § 3 ist weder für die eine noch für die andere Ansicht ein Anhalt zu entnehmen, es bleibt deshalb bei der Regel, daß Ausschlußfristen für die Vornahme bestimmter Handlungen durch die Vornahme dieser Handlungen gewahrt werden, wenn nicht ausdrücklich etwas Anderes bestimmt ist. Die gerichtliche Geltendmachung ist aber nur zur Durchführung eines Zwanges gegen den Anfechtungsgegner erforderlich, während auch durch freiwillige Rückgewähr der Anfechtungsgegner den Anfechtungsanspruch tilgt, Anm. 7 zu § 1, so daß also zur Erreichung des Anfechtungszwecks auch die formlose Erklärung der Anfechtung ausreichend ist.

Wegen des Charakters der Fristen und der Fristenberechnung vgl. Anm. 12 zu § 31 K.O.

5) b) Für die Frage, **wann die anfechtbare Rechtshandlung vorgenommen ist**, sind die Fälle Nr. 2 auf der einen Seite, 3 und 4 auf der anderen zu unterscheiden. In den beiden letzten Fällen ist die eigentliche Vermögensentziehung, die Verfügung des Schuldners, der Anfechtung unterworfen, im Falle Nr. 2 der entgeltliche Vertrag. Ist also wegen Zeitablaufs ein Vertrag zwischen dem Schuldner und einem Dritten nicht mehr anfechtbar, so ist auch die auf Grund dieses Vertrags erfolgende Leistung der Anfechtung entzogen, soweit sie nicht wieder als solche, als Erfüllungshandlung besonders angefochten werden kann, vgl. Anm. 2. Namentlich also kann bei Grundbuchgeschäften die Uebereignung eines Grundstücks, die Eintragung einer Hypothek nicht deshalb nach Nr. 2 angefochten werden, weil wohl die Einigung der Parteien mehr als ein Jahr zurückliege, der Eintragungsantrag und die Eintragung aber in das Anfechtungsjahr fallen. In den Fällen Nr. 3 und 4 dagegen ist zu prüfen, wann der Verfügungsakt „vorgenommen" ist. Erwirbt der Dritte erst durch Eintragung ins Grundbuch, so gehört doch die Eintragung selbst nicht mehr zu den Vornahmen des Schuldners. Nach dem im B.G.B. § 898 ausgedrückten Grundsatz ist vielmehr der nach erfolgter Einigung gestellte Antrag jeder Einwirkung des Verpflichteten entzogen und muß zur Eintragung führen, selbst wenn der Antragsteller die Verfügungsfähigkeit verliert. Die Eintragung selbst kann deshalb nicht mehr als eine Verfügung des G.Schuldners betrachtet werden. Der einer Eintragung im Grundbuche bedürftige unentgeltliche Erwerb ist der Anfechtung aus § 3 Nr. 3 u. 4 entzogen, wenn lediglich die Eintragung in die ein- oder zweijährige Frist fällt, die Eintragungsbewilligung aber weiter zurückliegt. Ist dagegen die Uebergabe eines Hypothekenbriefs erforderlich, so bedeutet diese erst den letzten Verfügungsakt, falls nicht schon früher eine die Uebergabe des Briefes ersetzende Vereinbarung im Sinne des B.G.B. § 1117 Abs. 2 erfolgt ist, die Hypothek also sofort mit der Eintragung erworben war.

6) III. Nr. 3 u. 4. Was als **unentgeltliche Verfügung** anzusehen ist, ist nach den in Anm. 1—3 zu § 32 K.O. aufgestellten Grundsätzen zu beurtheilen. Zu den dort erwähnten Beispielen ist hinzuzufügen: die vorzeitige Tilgung einer Verpflichtung ist keine unentgeltliche Verfügung, überhaupt nicht die Einlösung eines Wechsels durch den Aussteller an Stelle des Acceptanten, weil der Aussteller die Forderung damit für sich erwirbt und gleichzeitig eine eigene Verbindlichkeit tilgt, RG. 50, 134. Vgl. 17. Febr. 1902, JW. 218. Hat dagegen der Anfechtungsgegner als Gegenleistung für eine Verfügung des Schuldners auf eine Forderung gegen einen Dritten verzichtet, so kann die Verfügung des Schuldners nur dann nicht als unentgeltlich betrachtet werden, wenn der Schuldner dem Dritten zur Tilgung seiner Verbindlichkeit verpflichtet war, RG. 51, 415. Auch die freiwillige Gewährung einer Mitgift neben der Aussteuer ist eine unentgeltliche Verfügung,

Digitized by Google

die Mitgift auch nicht etwa als ein gebräuchliches Gelegenheitsgeschenk anzusehen, RG. 17. Febr. 02, JW. 218.

7) Was bei dem Abschlusse eines **Lebensversicherungsvertrags** zu Gunsten eines Dritten als unentgeltliche Zuwendung anzusehen ist, ist noch immer streitig. Die in Anm. 9 zu § 32 K.O. bekämpfte Ansicht, daß die zur Begründung des Anspruchs vom Schuldner gemachten Leistungen, die Prämien zurückgefordert werden können, ist vom RG. in der Entscheidung vom 8. Juli 1904, JW. 495, ausgesprochen. Sie ist nach den in Anm. 9 zu § 32 gemachten Ausführungen ebensowenig haltbar wie die, daß eine Zuwendung der Versicherungssumme nicht eine Zuwendung aus dem Vermögen des Schuldners, sondern eine solche aus dem Vermögen des Versicherers darstellt, RG. 51, 403 ff. Vgl. dagegen RG. 43, 83, wo der Umstand, daß eine Zuwendung nur auf Anweisung des Schuldners also nicht unmittelbar aus dessen Vermögen erfolgte, als für die Anfechtbarkeit unerheblich bezeichnet ist. Als anfechtbar entzogen hat demnach der Versicherungsanspruch oder nach dessen Befriedigung die Versicherungssumme zu gelten.

Für die außerkonkursliche Anfechtung kann nicht nur eine bei Lebzeiten des Versicherungsnehmers fällige Versicherung in Betracht kommen, sondern auch eine Versicherung auf den Todesfall, ehe sie fällig geworden ist. Der entzogene Vermögensgegenstand besteht bei einer noch laufenden Versicherung in dem Anspruche, die Versicherungssumme gegen Fortzahlung der Prämien bei Fälligkeit ausgezahlt zu erhalten.

8) Ein **Wechsel des ehelichen Güterrechts**, durch den ein Ehegatte als Schuldner Rechte an dem Vermögen seiner Ehefrau aufgiebt, oder ein Verzicht auf elterliche Nießbrauchsrechte an dem Kindesvermögen ist nicht anfechtbar, seitdem C.P.O. §§ 860, 861, 862 den Antheil eines Ehegatten am Gesammtgute und an den einzelnen dazu gehörigen Gegenständen, das Recht der Verwaltung und Nutznießung am eingebrachten oder am Kindesvermögen der Pfändung entzogen hat. Auf **Sicherung und Rückgewähr von Heirathsgut** findet das in Anm. 10 zu § 32 K.O. Gesagte Anwendung. Wie die Konkurseröffnung so giebt auch die nach § 2 als Voraussetzung gebotene Zahlungsunfähigkeit des Ehegatten der Ehefrau den Anspruch auf Rückgewähr oder Sicherung ihres Heirathsguts B.G.B. §§ 1391, 1418. Nur soweit sie sich als Schenkung darstellen oder mit der Absicht der Gläubigerbenachtheiligung vorgenommen sind, können deshalb die genannten Rechtshandlungen angefochten werden. Vgl. dazu RG. 57, 81 JW. 04, 183; 3. Mai 1901, JW. 385, Raff.K. 45, 1180.

Es ist aus diesem Grunde der Schluß der Nr. 4 in der alten Fassung des Anfechtungsgesetzes

> „sowie eine innerhalb dieses Zeitraums von ihm bewirkte Richtigstellung oder Rückgewähr eines Heirathsguts oder des gesetzlich in seine Verwaltung gekommenen Vermögens seiner Ehefrau, sofern er nicht zu der Sicherstellung oder Rückgewähr durch das Gesetz oder durch einen vor diesem Zeitraume geschlossenen Vertrag verpflichtet war."

durch die K.O.N. beseitigt.

9) Die Fristen in Nr. 2—4 bleiben auch dann maßgebend, **wenn die bereits geltend gemachte Anfechtung** bei demnächstiger **K.Eröffnung** nach § 13 vom Verwalter aufgenommen und weiter verfolgt wird. In solchem Falle kann der Verwalter selbst Rechtshandlungen, die schon vor den Fristen der K.O. §§ 31, 32 von 1 und 2 Jahren vor der K.Eröffnung erfolgt sind, auf Grund der früheren Geltendmachung der Einzelanfechtung noch anfechten. Bleibt ein solcher schon bei der K.Eröffnung anhängiger Anspruch auch noch nach der K.Beendigung anhängig, so bleiben auch für die alsdann den einzelnen Gläubigern gestattete Verfolgung dieselben Fristen noch bestimmend. Vgl. Anm. 2, 3 zu § 13. — Während des Konkurses sind die einzelnen Gläubiger an der Geltendmachung einer Anfechtung gehindert; für die nach der K.Beendigung ihnen wieder zustehenden Anfechtungsrechte ist ihnen die Berechnung der Fristen der Nr. 2—4 von der K.Eröffnung ab gestattet, wenn sie die Anfechtung binnen einem Jahre nach der K.Beendigung geltend machen. § 13 Abs. 4. — Eine weitere Verlängerung der Fristen gestatten § 4, § 11 Abs. 3.

Digitized by Google

§ 3a.

Hat der Erbe aus dem Nachlasse Pflichttheilsansprüche, Vermächtnisse oder Auflagen erfüllt, so kann ein Nachlaßgläubiger, der im Konkursverfahren über den Nachlaß dem Empfänger der Leistung im Range vorgehen oder gleichstehen würde, die Leistung in gleicher Weise anfechten, wie eine unentgeltliche Verfügung des Erben.

E.G.K.O.N.

1. Ratio legis.
2. Einfluß von Nachlaßkonkurs und Nachlaßverwaltung auf die Anfechtung aus § 3a.
3. Allgemeine Voraussetzungen der Anfechtung aus § 3a.
4. Anfechtungsgläubiger.
5. Schuldtitel.
6. Nachweis der fruchtlosen Vollstreckung.
7. a) gegen den unbeschränkt haftenden Erben.
8. b) gegen den beschränkt haftenden Erben.
9. c) in den Nachlaß.
10. Übrige Voraussetzungen der Anfechtung aus § 3a.
11. Umfang der Anfechtung.

1) Ratio legis. Die Pflichttheilsberechtigten, Vermächtnißnehmer und aus einer Auflage Berechtigten, obwohl nach B.G.B. § 1967 Nachlaßgläubiger, müssen aus den in Anm. 1 zu K.O. § 222 näher erörterten Gründen bei Unzulänglichkeit des Nachlasses hinter den übrigen Nachlaßgläubigern derart zurückstehen, daß sie erst nach deren Befriedigung etwas für sich zu erwarten haben. Die ordnungsmäßige Abwickelung eines überschuldeten Nachlasses soll durch Eröffnung und Durchführung des Nachlaßkonkurses erfolgen, B.G.B. § 1980, für den die Befriedigung der hier in Betracht kommenden Gläubiger im § 226 geregelt ist, oder wenn der Nachlaß zu gering ist, um die Kosten eines Konkurses zu tragen, nach den die gleichen Anordnungen treffenden Bestimmungen des B.G.B. §§ 1990, 1991. Schließlich kann noch trotz Überschuldung des Nachlasses, die aber nur durch Vermächtnisse und Auflagen herbeigeführt ist, eine Konkurseröffnung unterbleiben, weil der Antrag dazu von den aus Vermächtnissen und Auflagen Berechtigten nicht gestellt werden darf, K.O. § 219 Abs. 1 Satz 2, und von dem Erben oder einem anderen Nachlaßgläubiger nicht gestellt ist. Auch für diesen Fall ist angeordnet, daß die eine Überschuldung herbeiführenden Vermächtnisse und Auflagen allein von der Unzulänglichkeit betroffen und konkursmäßig getilgt werden sollen, BGB. § 1992. Dieser Gedanke einer minderen Berechtigung der Pflichttheilsberechtigten, Vermächtnißnehmer und derer, die berechtigt sind, die Vollziehung einer Auflage zu fordern, ist durch den § 3a auch für alle die Fälle durchgeführt, in denen es zu einer ordnungsmäßigen Abwickelung der Nachlaßverbindlichkeiten nicht gekommen ist, in denen vielmehr der Erbe durch eine regelwidrige und willkürliche Befriedigung einzelner Nachlaßverbindlichkeiten eine Schädigung anderer Gläubiger herbeigeführt hat, ohne in der Lage zu sein, dafür mit seinem sonstigen Vermögen einzustehen. Auch dann sollen die ferner mit dem Ausdruck „uneigentliche Nachlaßgläubiger" zu bezeichnenden Pflichttheilsberechtigten, Vermächtnißnehmer und aus Auflage Berechtigten keinesfalls eine Befriedigung erhalten, solange Gläubiger, die ihnen für den Konkursfall im Range vorgehen würden, nicht voll und solche, die im Range gleich stehen, nicht ihren Forderungen entsprechend antheilmäßig befriedigt sind. So wie sie im Konkurse gemäß § 222 das Empfangene wie eine unentgeltliche Zuwendung zur K.Masse zurückzugewähren haben, so soll außerhalb des Konkurses jeder besser oder gleich Berechtigte befugt sein, durch Einzelanfechtung die ihm zukommende Befriedigung zu suchen.

2) Solange der **Nachlaßkonkurs** schwebt, ist die Einzelanfechtung des § 3a nach allgemeinen Grundsätzen ausgeschlossen, Anm. zu § 1. Erst nach Beendigung sind unerledigte Zuwendungsfälle wieder für den Einzelgläubiger verfolgbar, wobei zu beachten ist, daß die Erledigung auch durch die Durchführung der gegen den Erben gerichteten Ersatzansprüche herbeigeführt sein kann (vgl. Anm. 2 zu K.O. § 222). Welchen Einfluß das Schweben einer **Nachlaßverwaltung** auf die Anfechtung aus § 3a hat, kann fraglich sein. Nach der Ansicht von Strohal (Das deutsche Erbrecht, 2. Aufl., § 78 unter 4c, § 79 Anm. 25) sollen wie die Verfolgung der Ersatzansprüche gegen den Erben so auch das Geltendmachen der Anfechtung gegen die uneigentlichen Nachlaßgläubiger oder andere

Digitized by Google

Anfechtungsrechte dem Nachlaßverwalter nach Analogie der Befugnisse des Konkursverwalters zustehen. Läßt man die Analogie zu, so folgt daraus, daß neben dem Anfechtungsrecht des Verwalters gemäß K.O. § 36, A.G. § 13 für ein Einzelanfechtungsrecht kein Platz ist, vgl. Anm. 1 zu § 13. Die Erwägung muß aber umgekehrt angestellt werden. Bei der Verfolgung des Anfechtungsrechtes handelt es sich um die Geltendmachung einer bestimmten Forderung eines Gläubigers, deren Befriedigung aus dem zurückzugewährenden Gegenstande im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgen soll. Weil aber nach K.O. § 14 während schwebenden Konkurses eine Zwangsvollstreckung in Gegenstände, die zur Befriedigung der Konkursgläubiger dienen sollen, ausgeschlossen ist, kann auch eine Einzelanfechtung während des Konkurses nicht mehr vorgenommen oder weitergeführt werden. Gerade die Beschränkung der Zwangsvollstreckung aber ist dem Nachlaßgläubiger gegenüber dem Nachlaßverwalter nicht auferlegt. Er kann während der Nachlaßverwaltung aus einem schon gegen den Erblasser oder gegen den Erben erlangten Titel in den Nachlaß vollstrecken, und wenn er auch während der Dauer der Verwaltung durch Vorgehen gegen den Erben selbst keinen Titel erlangen, sondern gegen den Nachlaßverwalter klagen muß, so steht ihm doch aus einem diesem gegenüber erlangten Titel ebenfalls die Vollstreckung in den Nachlaß zu. Dies ist zwar nicht ausdrücklich im Gesetz gesagt, folgt aber, arg. e contrario, aus B.G.B. § 1984 Abs. 2, C.P.O. § 784. Steht somit dem Nachlaßgläubiger bei der Nachlaßverwaltung im Gegensatz zum Konkurse das Recht zu, selbständig Befriedigung zu suchen, so muß die notwendige Ergänzung dieses Rechtes die Anfechtungsbefugniß sein. Kann aber der einzelne Gläubiger anfechten, so giebt es keine Konkurrenz eines Anfechtungsrechts des Nachlaßverwalters, der „den" Nachlaßgläubigern verantwortlich ist, also in ihrer aller Interesse handeln soll. Für die vorgetragene Ansicht spricht auch das Fehlen einer dem § 36 K.O. und vor allem dem § 13 Abs. 1 und 2 entsprechenden Bestimmung. Die Unterbrechung eines schon schwebenden Anfechtungsprozesses muß die nothwendige Folge der von Strohal vertretenen Ansicht sein; sie müßte aber mangels einer zulässigen oder nur möglichen Analogie besonders ausgesprochen werden. Die Anfechtungsbefugniß des Konkursverwalters entspringt aus seiner Verpflichtung, die Gläubiger konkursmäßig zu befriedigen und eine abweichende Befriedigung nicht zu dulden; der Nachlaßverwalter aber hat eine antheilige Befriedigung nicht anders als der Erbe selbst herbeizuführen, und deshalb wie jener die Pflicht, bei einer (nicht etwa bloß durch Vermächtnisse und Auflagen herbeigeführten) Ueberschuldung die Eröffnung des Nachlaßkonkurses zu beantragen. Praktische Bedenken könnten sich nur aus der Erwägung erheben, daß eine volle Befriedigung der anderen Nachlaßgläubiger lediglich durch die von dem Erben vorgenommene Begleichung der Vermächtnisse und Auflagen unmöglich gemacht sein kann, daß der Nachlaßverwalter also dann den Konkurs nur deshalb beantragen muß, weil ihm die Anfechtungsbefugniß fehlt, und daß infolge davon möglicherweise die für die Anfechtung des § 3a gegebene Frist verstreicht. Die letzte Möglichkeit kann Veranlassung geben, den Nachlaßverwalter für die verspätete Beantragung der Konkurseröffnung verantwortlich zu machen (B.G.B. § 1985 Abs. 2, § 1980). Im Uebrigen aber kann die Frist auch durch die Anfechtung eines Gläubigers gewahrt (vgl. Anm. 3 zu § 13) und durch sie auch die Eröffnung des Konkurses vermieden werden. Scheuen die Gläubiger die Einzelanfechtung, so können sie sich über die eine Verminderung der Masse herbeiführenden Kosten des Konkurses nicht beklagen. Dem Erben aber wird durch die K.Eröffnung kein Schaden zugefügt, da er doch den ganzen Nachlaß herzugeben verpflichtet war.

3) Über die Person des Anfechtungsgegners, die anfechtbare Rechtshandlung, ihre Vornahme durch den Erben und die Leistung aus dem Nachlasse vergleiche das in Anm. 3—5 zu § 222 K.O. Gesagte. Von den **allgemeinen Voraussetzungen der Anfechtung** nach § 2, die auch die Voraussetzung der Anfechtung nach § 3a bilden, sind Besonderheiten hervorzuheben über die Person des Anfechtungsberechtigten, den vollstreckbaren Schuldtitel und über den Nachweis einer nicht vollständigen Befriedigung.

4) Der **anfechtungsberechtigte Gläubiger** muß ein Nachlaßgläubiger sein und er

Digitized by Google

muß dem Anfechtungsgegner, der ebenfalls ein solcher ist, im Konkursverfahren im Range vorgehen oder gleichstehen. Die Rangordnung ist im § 226 K.O. bestimmt. Gläubiger, die im Aufgebot als Nachlaßgläubiger ausgeschlossen waren, B.G.B. § 1973, und solche, die den ausgeschlossenenen gleichstehen, B.G.B. § 1974, sind danach an der Geltendmachung des Anfechtungsrechts nur behindert, soweit sie selbst uneigentliche Nachlaßgläubiger sind und ohne den Ausschluß mit dem Gegner nur gleichen Rang haben würden (K.O. § 226 Abs. 4 Satz 1. Danach kann ein ausgeschlossener Pflichttheilsberechtigter wohl die an Vermächtnißnehmer und Auflagenberechtigte, nicht aber die an einen anderen Pflichttheilsempfänger erfolgte Leistung anfechten, und ein Vermächtnißnehmer oder Auflagenberechtigter ist zur Anfechtung überhaupt nur dann befugt, wenn ihm durch rechtsgültige Verfügung des Erblassers ein Vorrang vor den übrigen gegeben ist (§ 226 Abs. 3). — Hat ein Nachlaßkonkurs geschwebt und ist er durch Schlußvertheilung beendet, so hat ein im Konkurse ausgeschlossener Gläubiger ein Anfechtungsrecht gegen die im Konkurse befriedigten uneigentlichen Nachlaßgläubiger nicht, weil der in K.O. § 152 bestimmte Ausschluß eines Gläubigers, sobald die Schlußvertheilung in Frage steht, die Wirkung hat, jeden späteren Anspruch auf die zur Vertheilung gelangte Masse zu beseitigen. Vgl. dazu Anm. 7 zu K.O. § 162. Sollte dagegen schon vor K.Eröffnung ein uneigentlicher Nachlaßgläubiger Erfüllung seines Anspruchs gefunden haben, ohne daß diese Erfüllung vom K.Verwalter nach § 222 K.O. angefochten ist, so kann ihm gegenüber nach K.Beendigung auch ein im Nachlaßkonkurse ausgeschlossener Gläubiger das Anfechtungsrecht aus § 3a geltend machen. Da der Anfechtungsbeklagte dann für sich ebenfalls mit allen Ansprüchen an die Nachlaßmasse ausgeschlossen ist, so kann er, der vor dem Konkurse vollbefriedigt war, nach dem Konkurse völlig unbefriedigt bleiben, obwohl die ihm im Range gleichstehenden uneigentlichen Nachlaßgläubiger ganz oder theilweise Befriedigung gefunden haben.

5) Der einer Anfechtung zu Grunde zu legende **vollstreckbare Schuldtitel** des Gläubigers muß derartig sein, daß aus ihm eine Vollstreckung in den Nachlaß möglich ist. Er kann also ergangen sein gegen den Erblasser, den Erben, gegen einen Nachlaßpfleger (B.G.B. § 1961), Testamentsvollstrecker (B.G.B. § 2213), den Nachlaßverwalter oder den Nachlaßkonkursverwalter (was praktisch wird, wenn der Konkurs nicht durch Ausschüttung der Masse beendet wird, oder unerledigte anfechtbare Rechtshandlungen nach der Konkursbeendigung übrig bleiben, vgl. Anm. 2). Daß ein gegen den Erblasser gerichteter Titel die Vollstreckungsklausel gegen den Erben erhalten hat, ist für die Anfechtung nicht erforderlich, vgl. Anm. 3 zu § 2.

6) Für den nach § 2 erforderlichen **Nachweis, daß der Gläubiger für seine Forderung keine ausreichende Befriedigung gefunden hat** und vermuthlich nicht finden wird, ist zu unterscheiden, ob eine Vollstreckung gegen den Erben oder nur gegen den Nachlaß stattfinden kann.

7) a) **Die Vollstreckung gegen den Erben ist zulässig, sobald der Erbe unbeschränkt haftet.** Die unbeschränkte Haftung kann allen Gläubigern gegenüber eingetreten sein, weil der Erbe die Frist für die Errichtung eines Inventars versäumt, oder weil er die ihm für die Inventarerrichtung aufgelegten Pflichten absichtlich versäumt hat, B.G.B. § 1994 Abs. 1; § 2005 Abs. 1. Sie kann aber auch nur dem einzelnen anfechtenden Gläubiger gegenüber bestehen, weil der Erbe ihm die Leistung des Offenbarungseides verweigert oder es nach den Vorschriften der C.P.O. § 780 Abs. 1 verabsäumt hat, die Beschränkung seiner Haftung sich im Urtheile vorbehalten zu lassen; oder schließlich, weil er als Erbe des Inhabers eines Handelsgeschäftes oder eines offenen Gesellschafters von den ihm im H.G.B. § 27, § 139 Abs. 4 gegebenen Befugnissen keinen Gebrauch gemacht hat. In allen diesen Fällen ist der Nachlaß wie das sonstige Vermögen des Schuldners anzusehen. Der Anfechtungsgegner kann also den Nachweis verlangen, daß die Zwangsvollstreckung in dieses Vermögen zu einer vollständigen Befriedigung nicht geführt hat oder nicht führen würde.

8) b) **Die Vollstreckung ist gegen den Erben ferner dann zulässig, wenn das** Urtheil gegen den Erblasser oder wenn es gegen den Erben ergangen und **diesem die**

Digitized by Google

Beschränkung der Haftung im Urtheile vorbehalten ist, oder wenn der Vorbehalt gemäß C.P.O. § 780 Abs. 2 nicht erforderlich ist. In diesem Falle bleibt nach C.P.O. § 781 die Beschränkung der Haftung so lange unberücksichtigt, als sie der Erbe nicht im Wege der Einwendungsklage nach C.P.O. § 767 geltend macht. Er thut dies mit Hinweis auf die inzwischen erfolgte Einleitung von Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs (vgl. Anm. 9) oder mit dem Nachweis, daß die Anordnung der beiden genannten Maßregeln wegen Mangels einer den Kosten entsprechenden Masse nicht thunlich gewesen oder wieder eingestellt sei (B.G.B. § 1990); oder aber den Vermächtnißnehmern und den aus einer Auflage Berechtigten gegenüber nach der Vorschrift des § 1992; oder schließlich einem im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen und den diesem gleichstehenden Gläubigern gegenüber nach Maßgabe der §§ 1973, 1974 B.G.B. In diesem letzten Falle wird sofort die Vollstreckung auf den von dem Erben herauszugebenden Nachlaß beschränkt (B.G.B. § 1773 Abs. 2 Satz 1). In den Fällen der §§ 1990, 1992 B.G.B. aber ist es nach der gemäß § 1991 anzuwendenden Vorschrift der §§ 1978, 1979 möglich, daß der Gläubiger gegen den Erben aus der bisherigen Verwaltung des Nachlasses einen Ersatzanspruch gerade deshalb hat, weil er die gegen den Anfechtungsgegner bestehende Nachlaßverbindlichkeit erfüllt hatte (vgl. dazu Anm. 1 zu K.O. § 222). Dieser Ersatzanspruch gehört zum Nachlasse, BGB. § 1991 Abs. 1, § 1978 Abs. 2; dem Gläubiger kann deshalb von dem Anfechtungsgegner entgegengehalten werden, daß er aus ihm volle Befriedigung erlangen könne. Das ist für den Gläubiger, der vollstrecken kann, im Wege der Zwangsvollstreckung möglich, sobald sein Titel der Höhe nach auf seine ganze Forderung lautet und nur dem Erben die Beschränkung seiner Haftung auf den Nachlaß vorbehalten ist. Der Erbe kann dann in Höhe der Ersatzforderung die Vollstreckung in das eigene Vermögen nicht verhindern. Hat der Gläubiger von der Ersatzforderung erst nach dem ersten fruchtlosen Vollstreckungsversuch Kenntnis erlangt, so kann er zum zweiten Male vollstrecken und den nunmehr erhobenen Einwendungen des Beklagten das Bestehen der Ersatzforderung entgegenhalten. Nur wenn der Umfang der Befriedigung aus dem Nachlasse schon in dem mit dem Erben geführten Rechtsstreite festgestellt ist und dem Gläubiger erst nachträglich die Ersatzforderung bekannt wird, ist die Anstellung einer besonderen Klage gegen den Erben erforderlich. Auch in diesem Falle kann der Anfechtungsgegner verlangen, daß erst der Anspruch gegen den Erben verfolgt wird. Freilich muß gegenüber der fruchtlos verlaufenen Zwangsvollstreckung er beweisen, daß der Ersatzanspruch gegen den Erben besteht. Sache des Anfechtenden ist dann, darzuthun, daß auch dieser zu einer Befriedigung nicht führt.

9) c) **Eine Vollstreckung lediglich gegen den Nachlaß,** das heißt nicht gegen den Erben in den Nachlaß, ist nur denkbar bei der Nachlaßpflegschaft, bei der Testamentsvollstreckung, solange der Erbe die Erbschaft noch nicht angenommen hat, und der Vollstrecker auch den Nachlaß zu verwalten hat (B.G.B. § 2205), und bei der Nachlaßverwaltung. In allen diesen Fällen braucht der Gläubiger nur den Versuch einer Vollstreckung in den Nachlaß nachzuweisen. Zum Nachlasse gehören aber auch die Forderungen gegen Dritte und dazu wieder können auch während der Nachlaßverwaltung Ersatzforderungen gegen den Erben und zwar gerade die auf der anfechtbaren Erfüllung beruhenden gehören. Da diese während der Dauer der Nachlaßverwaltung nur der Verwalter geltend machen darf (entsprechend seiner Pflicht, den Nachlaß zu verwalten und die Nachlaßgläubiger zu befriedigen, B.G.B. § 1985 Abs. 1), so kann und muß der gegen den Nachlaß vollstreckende Gläubiger vor der Anfechtung die Forderung gegen den Erben pfänden und sich überweisen lassen, wenn er nicht nachweist, daß von dem Erben eine Befriedigung ebenfalls nicht zu erwarten ist.

10) **Die übrigen Voraussetzungen** des Anfechtungsanspruchs aus § 3a sind dieselben, wie die des § 3 Ziffer 3 und 4. Vgl. dazu Anm. 6 zu § 3. Es ist neben der Anfechtung aus § 3a sodann auch eine Anfechtung aus den allgemeinen Gründen des § 3 Ziff. 1 denkbar, für die dessen Voraussetzungen zutreffen müssen.

11) **Der Umfang der Anfechtung** richtet sich in erster Linie nach dem Anspruche des Gläubigers. Der Gläubiger kann seine Nachlaßverbindlichkeit wie gegen den Erben

Digitized by Google

so auch gegen den anfechtbar befriedigten Nachlaßgläubiger in voller Höhe geltend machen. Während aber dem Erben in den Fällen der §§ 1990, 1992, 1991 die Befugniß zusteht, die uneigentlichen Nachlaßgläubiger erst nach den Andern und nur mit der Konkursquote zu befriedigen, hat der Nachlaßgläubiger als Anfechtungsgegner nur das Recht, dem Anfechtenden seine eigenen Ansprüche gegen den Nachlaß entgegenzuhalten. Er kann also nicht einwenden, daß ein noch besser berechtigter Gläubiger dem Anfechtenden vorgehe, oder daß außer dem gleichberechtigten Anfechtenden noch andere unbefriedigte Gläubiger in gleichem Range vorhanden seien. Er braucht sich aber auf der anderen Seite auch von dem Anfechtenden nicht auf seinen eigenen konkursmäßigen Antheil verweisen zu lassen. Daraus ergiebt sich, daß, wenn nur ein Nachlaßgläubiger anfechtbar befriedigt ist, seine und des Anfechtenden Stellung zu einander so betrachtet wird, als kämen nur sie allein in Frage, so daß, wenn Beide gleichberechtigt sind, der Anfechtende die Hälfte fordern, der Anfechtungsgegner die Hälfte behalten kann, gleichviel, ob andere unbefriedigte anfechtungsberechtigte Nachlaßgläubiger bekannt sind. Wird von einem solchen wiederum Gleichberechtigten der schon einer Anfechtung Unterzogene von Neuem angegriffen, so kann er verlangen, ein Drittel des Empfangenen behalten zu dürfen, und der Anfechtende muß sich mit weiteren Forderungen in neuer Anfechtung an den auf Grund der ersten Anfechtung Befriedigten halten. Die Haftung des Anfechtungsgegners geht, wenn er nicht gutgläubig war, das heißt die Ueberschuldung des Nachlasses kannte, nur bis zur Höhe der empfangenen Leistung, wenn er gutgläubig war, nie weiter als bis zur Höhe der Bereicherung.

§ 4.

Hat der Gläubiger, bevor er einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hatte, oder seine Forderung fällig war, denjenigen, welchem gegenüber eine im § 3 Nr. 2 bis 4 bezeichnete Rechtshandlung vorgenommen ist, von seiner Absicht, die Handlung anzufechten, durch Zustellung eines Schriftsatzes in Kenntniß gesetzt, so wird die Frist von dem Zeitpunkte der Zustellung zurückgerechnet, sofern schon zu dieser Zeit der Schuldner zahlungsunfähig war und bis zum Ablaufe von zwei Jahren seit diesem Zeitpunkte die Anfechtung erfolgt ist.

1. Zweck der Vorschrift.
2. Voraussetzungen der Befugniß.
3. Form der Ankündigung.
4. Empfänger der Ankündigung.
5. Wirkung der Ankündigung.
6. Wirkung für und gegen den Rechtsnachfolger.
7. Fristberechnung.

1) **Zweck der Vorschrift.** Im § 4 soll den Gläubigern, denen die Anfechtung zur Zeit noch unmöglich ist, weil sie noch keinen vollstreckbaren Schuldtitel haben oder ihre Forderung noch nicht fällig ist, die Möglichkeit gegeben werden, Rechtshandlungen, die sie sonst später nach Eintritt der Vollstreckbarkeit oder Fälligkeit wegen Ablaufs der Fristen des § 3 Nr. 2 bis 4 nicht mehr anfechten könnten, dennoch anzufechten, indem unter Umständen diese Fristen verlängert werden. Die Gläubiger können die Verlängerung erreichen, indem sie dem künftig von ihnen anzugreifenden Anfechtungsgegner ihre Angriffsabsicht durch Zustellung eines Schriftsatzes mittheilen; die Fristen werden dann von dieser Zustellung zurückgerechnet.

2) **Die Voraussetzungen der Befugniß** sind:

a. Der Berechtigte muß zur Zeit der Zustellung schon „Gläubiger" sein, seine Forderung also schon bestehen, aber noch nicht vollstreckbar, oder noch nicht fällig.

b. Die anzufechtende Rechtshandlung muß schon dem Anfechtungsgegner gegenüber „vorgenommen" sein.

c. Der Schuldner muß schon zur Zeit der Zustellung zahlungsunfähig gewesen sein, d. h. da nichts Anderes als nach § 2 verlangt werden soll — **MG. 45, 56** — der nach § 2 nachzuweisende Vermögenszustand muß schon zur Zeit der Zustellung vor-

Digitized by Google

handen sein. Die Voraussetzungen, die Bestandtheile des Klagegrundes sind, RG. 24. Febr. 1893, JW. 201, braucht jedoch der Gläubiger erst im demnächstigen Anfechtungsprozesse als zur Begründung der Fristberechnung wesentlich nachzuweisen; die Zustellung hat dann keine Wirkung, wenn die Voraussetzungen nicht nachgewiesen sind. Zur Zeit der Zustellung ist weder ein Nachweis, noch eine Verhandlung darüber nöthig.

3) Form und Inhalt der Ankündigung.

Die Mittheilung muß, um wirksam zu sein, durch Zustellung eines Schriftsatzes erfolgen. Mündliche Mittheilung ist also unbedingt wirkungslos. Als nothwendiger Inhalt des Schriftsatzes ergiebt sich aus dem Zwecke und dem § 4 die Bezeichnung der Handlung, die angefochten werden soll, der Forderung, für die die Anfechtung erfolgen soll, und des mittheilenden Gläubigers selbst, sowie die Erklärung der Absicht der Anfechtung an den Anfechtungsgegner. RG. 39, 2 ff. (Der Erlaß einer einstweiligen Verfügung auf Hinterlegung des Betrags einer anzufechtenden Forderung allein genügt nicht, RG. 15. Juni 1894, Raff.K. 38, 1181, dagegen enthält die Zustellung einer solchen einstweiligen Verfügung eine genügende Ankündigung; RG. 57, 30.) Ein Mehreres, namentlich die Bezeichnung der Gesetzesbestimmung, auf Grund deren der Gläubiger anfechten will (Kranichfeld S. 36), verlangt das Gesetz nicht; auch nicht die Vollziehung durch einen Anwalt, da es sich überhaupt nicht um einen Rechtsstreit handelt. Wie und durch wen die Zustellung erfolgt, ist nicht bestimmt und es kann daher keine Art obligatorisch sein. Die Wahl des Wortes: Zustellung, und die Nothwendigkeit, den Akt später nachzuweisen, lassen es, ungeachtet er noch außerhalb eines Rechtsstreits fällt, in Analogie der C.P.O. §§ 73, 845 natürlich erscheinen, daß ein Gerichtsvollzieher beauftragt wird und durch Aushändigung einer beglaubigten Abschrift des Schriftsatzes analog nach C.P.O. §§ 169, 170 zustellt. Nach dem preuß. Ausf.-Ges. v. 24. März 1879 § 1 Abs. 3 vertritt eine solche Zustellung auch in nicht gerichtlichen Angelegenheiten die Stelle einer gerichtlichen Bekanntmachung. Der Gerichtsschreiber ist einem Antrage auf Vermittelung der Zustellung nach C.P.O. § 166 für einen solchen noch nicht prozessualen Akt zu entsprechen nicht verpflichtet. A. M. Otto S. 234. Vorbehaltlich der Verpflichtung, die erfolgte Zustellung und den Inhalt des Zugestellten nöthigenfalls nachzuweisen, ist jedoch die Form des Schriftsatzes, der in einem Briefe bestehen kann, sowie die Form der Zustellung — durch einen Notar, durch die Post, durch einen Boten — um so mehr unerheblich, als für das Deutsche Reich keine gemeinschaftlichen Vorschriften über die Form von Zustellungen außerhalb eines Prozeßverfahrens bestehen, und als auch landesgesetzlich nirgends Vorschriften darüber existiren werden, welche Formen allein als diejenigen der Zustellung eines Schriftsatzes außerhalb eines Verfahrens vor Gerichten oder Behörden gelten sollen. Jäckel S. 165 verlangt immer eine formelle Zustellung. Zur Ergänzung des § 4 dient § 11 Abs. 3, wenn der Anspruch gegen einen Rechtsnachfolger des ursprünglichen Empfängers erhoben werden soll; s. Anm. 2 zu § 11.

4) Die Ankündigung muß dem zugehen, dem gegenüber die Anfechtung erfolgen soll. Soll der Anfechtungsanspruch gegen mehrere Anfechtungsgegner verfolgt werden (vgl. Anm. 1 zu § 11, Anm. 10 zu K.O. § 40) so muß auch die Ankündigung allen zugegangen sein, sofern nicht einzelne von ihnen erst nach Zustellung der Ankündigung Rechtsnachfolger derer geworden sind, die die Ankündigung erhalten haben. Vgl. dazu § 11 Anm. 2. Ob neben dem Anfechtungsgegner im Anfechtungsprozeß noch eine zweite Person mitverklagt werden muß (Ehemann, Nießbraucher), ist für die Abgabe der Erklärung unerheblich. RG. 45, 56 ff.

5) Die Wirkung der Mittheilung besteht darin, daß die Fristen des § 3 Nr. 2—4 zu Gunsten der bezeichneten Forderung von dem Zeitpunkte der Zustellung zurückgerechnet werden. Für die Wahrung der Fristen des § 3 Nr. 2—4 hat also die Ankündigung der Anfechtung dieselbe Wirkung wie die Anfechtung selbst. Dies gilt jedoch nur, wenn die Anfechtung bis zum Ablaufe von zwei Jahren seit dem Zeitpunkte der erfolgten Zustellung vorgenommen wird. Wenn in dieser Frist der Gläubiger die Anfechtung nicht erklärt

Digitized by Google

oder einen vollstreckbaren Titel nicht erlangt hat, oder seine Forderung nicht fällig geworden ist, so sind damit die Wirkungen der Mittheilung erloschen und die Anfechtbarkeit der Rechtshandlungen, soweit sie an die Fristen des § 3 Nr. 2—4 gebunden ist, ist somit ihm gegenüber beseitigt. Der Umstand, daß die bloße Ankündigung der Anfechtung auf die Wahrung der im § 3 Nr. 2—4 bestimmten Ausschlußfristen dieselbe Wirkung hat, wie die Anfechtung selbst, ohne doch die Mitwirkung des Gerichts, oder wenigstens die prozessuale Form der Zustellung zu erfordern, steht mit der hier vertretenen Auffassung im Einklange, daß zur Wahrung der für die Anfechtung überhaupt gegebenen Fristen die gerichtliche Geltendmachung, das heißt die Form der Klage oder Einrede nicht erforderlich ist. Daß die Ankündigung überhaupt an Formvorschrift gebunden ist, ist keineswegs wie Jäger behauptet (D.J.Z. 1905 Nr. 3 S. 134) sinnlos. Die ihr a. a. O. zugeschriebene Aufgabe, den Zeitpunkt der erfolgten Fristwahrung festzulegen, erfüllt eine einfache briefliche Mittheilung nicht besser als eine mündliche Erklärung, beide müssen mit den gewöhnlichen Mitteln (Eid, Zeuge) bewiesen werden. Dieser Gedanke kann also den Gesetzgeber bei Erlaß der Formvorschrift des § 4 kaum geleitet haben. Es liegt aber nahe, daß eine unter zweifelhaften Verhältnissen, in der Ungewißheit eines künftigen Anfechtungsfalles erfolgte Ankündigung einer gewissen Präzision bedarf, und mehr sein muß, als eine nur gelegentlich hingeworfene Aeußerung, um eine der im § 3 Nr. 2—4 genannten Personen eine so viel längere Zeit der Anfechtungsmöglichkeit auszusetzen. Die Formvorschrift ist eine im Interesse des Anfechtungsgegners gegebene Beschränkung des im § 4 dem Gläubiger gewährten Rechts.

6) Die Wirkung der Ankündigung gilt auch für die Rechtsnachfolger. Ist die Rechtsnachfolge auf der Seite des Anfechtenden eingetreten, so folgt dies daraus, daß sich der Nachfolger aller Rechte seines Vorgängers bedienen kann, soweit sie nicht in seiner Person untergegangen sind. Ebenso Cosack S. 228, Jaeckel S. 167, Petersen-Kleinfeller Anm. 5. Vgl. **RG. 39,** 14. In der Befugnis anzufechten und sich des Anfechtungsanspruchs zu bedienen, gilt auch der Konkursverwalter als Rechtsnachfolger, dies ergiebt sich aus der den § 13 A.G. beherrschenden Tendenz, der Konkursanfechtung alles das zu Gute kommen zu lassen, was der einzelne Gläubiger mit der Anfechtung erlangen konnte. Vgl. hierzu Anm. 11 zur K.O. § 36. A. M. Petersen-Kleinfeller Anm. 5. Ueber die Wirkung der Anfechtung, wenn die Rechtsnachfolge beim Anfechtungsgegner eingetreten war, vgl. Anm. 2 zu § 11.

7) Die Frist von 2 Jahren ist (ebenso wie die Fristen des § 3 Nr. 2—4) nicht prozessual, sondern civilrechtlich (nicht eine Verjährungs-, sondern eine unbedingte Ausschlußfrist, vgl. Cosack S. 102; ungenau in **RG.** 28. Juni 1882, Wallmann D. Jur. Z. 7, 435), von den Gerichtsferien nicht beeinflußt und nach dem bürgerlichen Rechte zu berechnen. Es gilt von ihr, was von den Fristen des § 3 und K.O. §§ 31, 32.

§ 5.

Die Erhebung des Anfechtungsanspruchs im Wege der Einrede kann erfolgen, bevor ein vollstreckbarer Schuldtitel für die Forderung erlangt ist; der Gläubiger hat denselben jedoch vor der Entscheidung binnen einer von dem Gerichte zu bestimmenden Frist beizubringen.

1 Anfechtung durch Einrede.
2. Bedeutung des § 5.
3. Schuldtitel gegen den Schuldner.
4. Fristbestimmung.

1) Die Anfechtung kann auch im Wege der Einrede erfolgen. Dies ist für die nach der Konkursnovelle formlos zulässige Anfechtung selbstverständlich, wurde aber auch schon früher für konkurs- und außerkonkursliche Anfechtung angenommen. Vgl. Begründung zur K.O. S. 94. Danach war es auch schon nach altem Rechte zulässig, Ausschluß- und Verjährungsfrist durch die Erhebung der Einrede im Prozesse zu wahren. Die Erhebung der Einrede kann nur in der mündlichen Verhandlung erfolgen; sie erfolgt in dieser als wirksame Anfechtung unbeschadet der Wirkung einer bereits vorher erklärten Anfechtung.

Digitized by Google

Die Erklärung in einem vorbereitenden Schriftsatze ist noch nicht Erhebung der Einrede. Vgl. RG. 58 S. 42 gegen RG. 52, 334.

2) **Die Bedeutung des § 5** beruht nicht auf der Einführung der Einrede als Rechtsbehelf der Anfechtung. Weder befindet sich eine analoge Vorschrift in dem 3. Titel der K.O., noch enthielt die Vorlage zum A.G. die Vorschrift des § 5. Diese ist vielmehr von der Reichstagskommission eingeschaltet, um für den Fall, daß einredeweise angefochten werden sollte, abweichend von § 2, die Anfechtung zu ermöglichen, ohne daß ein vollstreckbarer Titel vorhanden wäre. Dazu ist bei der Berathung im Plenum (S. 2269) ausdrücklich ausgesprochen, „die Kommission sei im Einverständniß mit der Vorlage der Ansicht gewesen, daß nicht bloß im Wege der Klage sondern auch als Einrede die Anfechtung stattfinden kann.

Die Vorschrift trifft namentlich den Fall, wenn einem Besitzer ein Gegenstand oder ein Betrag seitens eines Dritten entzogen werden soll, dessen behauptete Rechte auf einer anfechtbaren Handlung beruhen. Vgl. Anm. § 7. In solchem Falle, indeß auch allgemein, wenn der Anfechtungsanspruch im Wege der Einrede geltend gemacht wird, ist von dem Erfordernisse des vollstreckbaren Schuldtitels für eine richterlich zu bestimmende Zeit noch Abstand zu nehmen und die Prozeßentscheidung zu vertagen. Dasselbe gilt auch, wenn der Anfechtungsanspruch im Wege der Replik als Einrede gegen eine Einrede (z. B. des Verzichts oder sonstiger Tilgung des eingeklagten Anspruchs, vgl. Anm. 15 zur K.O. § 29) geltend gemacht wird. RG. 27, 94, 98; 12. Nov. 1891, Rass. 36, 466. Dagegen kann für eine Widerklage zur Erhebung des Anfechtungsanspruchs die Befugniß aus § 5 nicht geltend gemacht werden; sie verlangt alle Voraussetzungen der Klage. Entsprechend der Bedeutung und Stellung des vollstreckbaren Schuldtitels als eines gegen den Schuldner erwirkten und dann auch dem Anfechtungsgegner gegenüber wirksamen Erfordernisses (Anm. 1 zu § 2) wird durch die Aufhebung dieses Erfordernisses für den Anfechtenden zugleich die Nothwendigkeit beseitigt, seine Eigenschaft als Gläubiger für die Anfechtungseinrede besonders nachweisen zu müssen; es genügt der Nachweis durch den vorbehaltenen vollstreckbaren Titel. Meischeider Rass.K. 26, 468; Jäckel S. 30. — Von den übrigen Erfordernissen des § 2: Fälligkeit der Forderung und Zahlungsunfähigkeit des Schuldners wird durch § 5 nicht befreit. Cosack § 37; a. M. betreffs der Fälligkeit Jäckel, Petersen-Kleinfeller Anm. 2, Völderndorff zu § 5. Sind diese Erfordernisse jedoch vorhanden, so kann das Gericht nicht die Einrede wegen des zur Zeit nicht vorliegenden vollstreckbaren Titels unberücksichtigt lassen, sondern der Gläubiger kann verlangen, daß der geltend gemachte Anspruch auf seine sonstige Begründung (§ 3) geprüft und berücksichtigt werde. Dies liegt in den Worten: die Erhebung kann erfolgen. Ist der Anspruch aus anderen Gründen, weil eine der sonstigen Voraussetzungen der §§ 2, 3 fehlt, hinfällig, so braucht natürlich das Gericht nicht eine Frist zur Abwartung des vollstreckbaren Schuldtitels zu bestimmen und die Entscheidung auszusetzen, sondern kann den Anspruch aus den andern Gegengründen ablehnen. Nur die Erhebung des sonst abgesehen vom vollstreckbaren Schuldtitel begründeten Anspruchs ist im § 5 gemeint. Eine nicht im Wege der Einrede erfolgende Anfechtung bedarf stets des vollstreckbaren Titels.

3) Das Gericht hat im Falle des § 5 eine Frist zu bestimmen und bis zum Ablauf der Frist die Entscheidung auszusetzen. Innerhalb dieser Frist muß ein **vollstreckbarer Schuldtitel gegen den Schuldner** beschafft sein. Unter einem solchen könnte nach dem Wortlaute des Gesetzes die nur vorläufig vollstreckbare oder mit Vorbehalt ergangene Entscheidung verstanden werden, wie sie nach § 2 Voraussetzung der Anfechtung ist. Dem widerspricht jedoch die Vorschrift des § 10, nach der Anfechtungsurtheile nur dann für vollstreckbar erklärt werden dürfen, wenn die gegen den Schuldner ergangene Entscheidung rechtskräftig oder vorbehaltlos geworden ist. Die Vorschrift kann auf die Geltendmachung der Einrede nicht angewandt werden, weil auf Grund einer Einrede nicht eine Vollstreckung gegen den Anfechtungsgegner vorgenommen wird. Einer solchen Vollstreckung steht aber gleich, wenn in Folge der Einrede der Widerspruch des Anfechtungsgegners gegen die Vollstreckung in Gegenstände, die vom Schuldner erworben sind, beseitigt, oder

Digitized by Google

wenn ein anderer Anspruch des Anfechtungsgegners in Folge der Einrede abgewiesen wird. Es erfolgt dann hier, was durch die Vorschrift des § 10 verhütet werden soll, eine Realisirung des Anfechtungsanspruchs auf Grund eines nur vorläufig vollstreckbaren oder mit Vorbehalt ergangenen Urtheils, das vom Schuldner noch beseitigt werden kann. Vgl. hierzu Anm. 1 zu § 10. Sinn und Zweck jener Vorschrift verlangen deshalb, daß die nach § 5 von dem Gläubiger beizubringende Entscheidung eine rechtskräftige nicht unter Vorbehalt ergangene Entscheidung sei. Hat die Einrede der Anfechtung wegen Mangels der Voraussetzungen keinen Erfolg gehabt, so ist die besondere Anfechtung trotz der Verurtheilung des Anfechtenden nach § 6 noch zulässig. — Erfolgt die Anfechtung im Wege der Replik (Anm. 8 zu § 1), so genügt jeder vollstreckbare Titel, da die erfolgende Verurtheilung des Anfechtungsgegners durch Versagung der Vollstreckung (§ 10) unschädlich gemacht werden kann.

4) **Die Frist soll dazu dienen**, um die Beibringung des Titels zu ermöglichen und ist demgemäß abzumessen. Die Verhandlung der Sache, ein Beweisbeschluß, und eine Beweisaufnahme brauchen nicht aufgeschoben zu werden. Das Verfahren entspricht dem für § 428 C.P.O. maßgebenden Verfahren. Die Frist, eine prozessuale richterliche, kann auf Antrag verlängert oder abgekürzt werden und unterliegt dem Einflusse der Gerichtsferien, C.P.O. §§ 223—225. Eine Androhung der Rechtsnachteile bei Versäumung der Frist oder ein Antrag auf Festsetzung der Versäumnißfolge nach Versäumung sind nicht nöthig. Die Rechtsfolge tritt von selbst ein, C.P.O. §§ 230, 231. Sie besteht darin, daß der ohne vollstreckbaren Schuldtitel geltend gemachte Anfechtungseinwand zur Zeit nicht berücksichtigt und über die Sache ohne Rücksicht auf den Einwand entschieden wird. RG. 2. Mai 1894, JW. 280. Dadurch ist indeß nicht ausgeschlossen, daß der Anfechtungsanspruch später nach Beschaffung eines vollstreckbaren Titels im Wege der Klage oder Widerklage oder auch der Einrede (selbst in demselben Prozesse in höherer Instanz) geltend gemacht werden kann. Eine Verwirkung der Einrede für den Prozeß durch die Fristversäumung ist (gegen Kranichfeld S. 37, 38) weder durch das Civilprozeßverfahren, noch durch § 5 gegeben. Jaeckel S. 29 Anm. 20, Hartmann-Meikel Anm. 4.

§ 6.

Die Anfechtung wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß für die anzufechtende Rechtshandlung ein vollstreckbarer Schuldtitel erlangt, oder daß dieselbe durch Zwangsvollstreckung oder durch Vollziehung eines Arrestes erwirkt worden ist.

Im § 6 ist wörtlich § 35 K.O. wiedergegeben und ist daher auf die Anm. zu § 35 Bezug zu nehmen. Der Unterschied der Anwendung des § 35 bei der K.Anfechtung und des § 6 für die Einzelanfechtung ist praktisch deshalb ein bedeutender, weil für die Einzelanfechtung kein Analogon der häufigsten Fälle der K.Anfechtung aus § 30 besteht und unbedingt nur Rechtshandlungen des Schuldners anfechtbar sind § 1. Die Anwendung beschränkt sich dadurch auf Rechtshandlungen des Schuldners, für die der Anfechtungsgegner einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat, oder die mit dem Willen des Schuldners, auch gegen ihn, immer aber als Rechtshandlungen des Schuldners oder unter Konnivenz des Schuldners durch Zwangsvollstreckung oder Arrest erwirkt sind. RG. 19. Nov. 1885, JW. 1886 S. 14; 8. Febr. 1886, Rass.K. 30, 869. Daß allgemein jede Zwangsvollstreckung und jeder Arrest gegen den Schuldner dazu zu rechnen wäre, ließe sich nur begründen, wenn man mit den Mot. 120 (und RG. 3, 397 und 18. Nov. 1882, JW. 1883 S. 5) die Zwangsvollstreckungen und Pfändungen gegen den Schuldner stets als in seiner Stellvertretung oder Konkurrenz seiner Handlung erfolgt ansieht. Vgl. darüber Anm. 3 § 29.

§ 7.

Der Gläubiger kann, soweit es zu seiner Befriedigung erforderlich ist, beanspruchen, daß dasjenige, was durch die anfechtbare Handlung aus dem

Digitized by Google

Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, als noch zu demselben gehörig von dem Empfänger zurückgewährt werde.

Der gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung hat dieselbe nur soweit zurückzugewähren, als er durch sie bereichert ist.

1. Wirkung und Umfang der Anfechtung.
2. Verpflichteter.
3. Leistung der Rückgewähr.
4. Umfang der Rückgewähr.
5. Mehrere Anfechtungsgläubiger.
6. Einwendungen des Anfechtungsgegners.

1) Für die Wirkung und den Umfang der Anfechtung außerhalb des Konkurses sind die Grundsätze dieselben wie für die Konkursanfechtung. Der Anfechtende kann die angefochtene Rechtshandlung als sich gegenüber unwirksam behandeln und verlangen, daß der durch die angefochtene Handlung dem Vermögen entzogene Gegenstand *zum Zwecke der Befriedigung* — im Konkurse *aller* Konkursgläubiger (auch der nicht angemeldeten) und außerhalb des Konkurses des anfechtenden Gläubigers mit seiner bestimmten Forderung — zurückgewährt werde (vgl. Anm. zu § 37 K.O.). Der Unterschied in dem Umfange der Anfechtung im Konkurse und außerhalb ergiebt sich daher lediglich aus dem Anfechtungszwecke.

Der K.Verwalter nimmt alles Entzogene bis zur Grenze dessen, was der Empfänger zurückzugewähren hat, zur Masse zurück. Das Anfechtungsrecht des einzelnen Gläubigers beruht nur auf seinem Befriedigungsrecht, kann über das Maß seiner Befriedigung nicht hinausgehen. Er kann auch nur eine solche Rückgewähr beanspruchen, wie sie und soweit sie zu seiner Befriedigung erforderlich ist. Insoweit kommt dem Anfechtungskläger gegenüber die Einheitlichkeit des angefochtenen Geschäfts nicht in Betracht und kann der Anfechtungsgegner aus der Untheilbarkeit des Geschäfts der Anfechtung keinen Einwand entgegensetzen. **RG. 21**, 393; 13. Juli 1888, JW. 383. In Folge der Beschränkung des Anfechtungsrechts des einzelnen Gläubigers durch sein Befriedigungsrecht ist auch der Werth des Streitgegenstandes durch den Betrag seiner Forderung beschränkt, **RG. 7**, 393; **34**, 405.

2) Wer die Rückgewähr vorzunehmen hat, bestimmt der § 7, ohne ausdrücklich den Verpflichteten zu nennen. Es ist der, dem gegenüber die anfechtbare Handlung vorgenommen ist, der durch sie etwas aus dem Vermögen des Schuldners erlangt hat oder bei dem Versprechen der Leistung an einen Dritten, B.G.B. § 328, der Dritte. Damit ist der Empfänger des Entzogenen als der Anfechtungsgegner gegeben; gegen den Schuldner kann die Anfechtung nicht gerichtet werden. Er kann, wenn dennoch mitverklagt, seine mangelnde Passivlegitimation einwenden, Anm. 18 zu § 29 K.O. **RG.** 9. Juli 1895, JW. 385. Ueber seine Zulassung als Nebenintervenient vgl. Anm. 4 zu § 8.

3) Die Rückgewähr braucht nicht immer in einer Leistung des Anfechtungsgegners zu bestehen. Dem § 7 liegt, entsprechend dem § 37 K.O., das allgemeine Prinzip zu Grunde, daß infolge der relativen Unwirksamkeit die angefochtene Rechtshandlung gegenüber dem Vollstreckungsrechte des Gläubigers als nicht erfolgt zu behandeln ist. Anm. 6 § 1. Soweit durch die Rechtshandlung noch nichts dem Vermögen des Schuldners entzogen ist, sondern erst entzogen werden soll, ist zur Erreichung des Ziels nicht ein Angriff durch Klage nöthig, sondern genügt die Vertheidigung durch Einrede. Demgemäß ist der Schutz des Gläubigers begründet, wenn im Wege der Z.V. bereits aus dem Vermögen des Schuldners Gegenstände erlangt sind und sie der Gegner seinerseits durch Vollstreckungs-Intervention (C.P.O. § 771) auf Grund einer anfechtbaren Handlung zu gewinnen sucht. Der Einwand der Anfechtung genügt dann zur Beseitigung des Angriffs. Ebenso genügt die Replik wenn der im Wege der Z.V. überwiesene Drittschuldner (C.P.O. §§ 829, 835) einen anfechtbar erwirkten Vertrag (Erlaß, Vergleich u. s. w.) vorschützt, vgl. Anm. 8 § 1.

Ist jedoch der anfechtbar entzogene Vermögensgegenstand dem Zugriff des Gläubigers auch thatsächlich nicht zugänglich, so ist eine Leistung des Anfechtungsgegners zur Befriedigung des Anfechtungsanspruchs erforderlich. Hierüber sagen die Mot. S. 363: „In derselben Weise, wie der Gläubiger, wenn die Sache im Vermögen des Schuldners geblieben

Digitized by Google

wäre, gegen diesen sich aus derselben würde Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung verschaffen können, ebenso hat der Empfänger die Zwangsvollstreckung in die Sache zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers über sich ergehen zu lassen. Stellt er die Sache dem Gläubiger in der Weise zur Verfügung, daß die Zwangsvollstreckung in dieselbe erfolgen kann, so ist damit seine Verpflichtung erfüllt; für die Kosten der Zwangsvollstreckung würde er dann mit seinem sonstigen Vermögen nicht aufzukommen haben." RG. 9, 71. Ueber die Anträge, die zur Erreichung dieses Zwecks je nach der Art der erforderlichen Zurückgewährung zu formuliren sind, vgl. Anm. 2—5 zu § 9. Sofern das früher Entzogene dem Schuldner schon vor der Anfechtung wieder zurückgewährt ist, hat die Anfechtung keinen Raum mehr.

4) **Der Umfang der Rückgewähr** bestimmt sich in erster Linie nach dem Umfange der Anfechtung (Anm. 1), also nach der Höhe der Forderung, deren Befriedigung der Gläubiger sucht. Sodann aber hat der Anfechtungsgegner nur das zurückzugewähren, was ihm zugewendet ist, nur insoweit kann überhaupt der Begriff einer Rückgewähr Anwendung finden. Der entzogene Gegenstand kann von ihm deßhalb nicht nur mit den bei der Veräußerung an ihn darauf ruhenden Lasten, sondern auch mit denen zurückgewährt werden, die er darauf zu legen bei dem Erwerb verpflichtet worden ist. Nur mit dieser Verpflichtung ist ihm der Gegenstand zugewendet. RG. 57, 27. Des weiteren wird die Rückgewährpflicht für den gutgläubigen Empfänger einer unentgeltlichen Leistung durch die Vorschrift des Abs. 2 eingeschränkt. Vgl. hierzu Anm. 5, 12—15 zur K.O. § 37. In den genannten Grenzen wird Maß und Art der Rückgewähr durch das Prinzip des § 7 bestimmt, das sich mit dem des § 37 K.O. deckt. Es kann deshalb sowohl hierfür wie für die Frage, welchen Einfluß das Bürgerliche Recht auf den Umfang der Rückgewähr hat, auf die Anm. 5 und 6 zu § 37 K.O. verwiesen werden. Danach hat der Anfechtungsgegner zunächst den entzogenen Gegenstand in Natur und, wenn er so nicht mehr vorhanden ist, seinen Wert zurückzuerstatten. RG. 44, 92, 93, 1. Dez. 1903, JW. 04, 75, wobei der Preis, der für eine vom Anfechtungsgegner etwa vorgenommene Veräußerung erzielt ist, ohne Bedeutung bleibt und zwar auch dann, wenn der erzielte Preis höher ist als der Werth. RG. 56, 194. Die Rückgewähr erfolgt lediglich zu dem Zwecke, daß sich der Gläubiger aus dem Zurückgewährten befriedigen kann; in das Eigenthum des Schuldners geht die entzogene Sache nicht wieder über. RG. 56, 194. Nach dem bürgerlichen Rechte aber bestimmt sich, was als entzogen zu gelten hat und was deshalb in diesem Sinne zurückgewährt werden muß (Zubehör, Frucht, Zinsen, Kosten). Jeden Einfluß des bürgerlichen Rechtes auf den in § 7 gewährten Anspruch leugnen RG. 44, 94, Petersen-Kleinfeller Anm. 2 zu § 37 KO., Hartmann-Meikel, Bem. 1 zu § 7. Zu der Anwendung der hier aufgestellten Grundsätze im Einzelnen ist ebenfalls auf § 37 K.O. Anm. 8a und b zu verweisen. Aus dem Vermögen des Schuldners zugewendet ist ein Gegenstand auch dann, wenn der Schuldner zwar nicht Eigenthümer des Gegenstandes war, aber die Uebertragung des Eigenthums an sich zu verlangen berechtigt war und dafür die Uebertragung an einen Anderen veranlaßt hatte. RG. 43, 83, vgl. auch RG. 36, 161; 12. Juni 1900, JW. 624; 26. April 1901, JW. 405; RG. 48, 148. Mit Unrecht will das RG. 6. April 1894, Raff.K. 38, 1184, JW. 316, abweichend von § 37 K.O., den Anfechtungsgegner nicht zur Erstattung der Zinsen verurtheilen, die dem Schuldner durch frühere Entziehung entzogen sind, weil die Worte: „als noch zu demselben gehörig" im § 37 fehlen. Entscheidend ist, daß aus dem Vermögen des Schuldners die Zinsen, die er ohne die Entziehung genossen hätte, ebenfalls aufgegeben sind. — Andererseits ist der Gläubiger auch nicht auf die Berechnung des Werthes nach einem Grundsatze, daß bei einer z.B. weniger als der gemeine Werth erlöst sein würde, beschränkt, da die öffentliche Versteigerung auf der Anschauung beruht, daß durch sie der volle Werth ermittelt werde. RG. 30, 85.

5) **Mehrere Gläubiger** können unabhängig neben einander ihre Anfechtungsbefugniß geltend machen. Unter ihnen begründet weder die Priorität der Klageerhebung, noch die der Verurtheilung ein Vorzugsrecht; auch entsteht durch beides noch kein dingliches Recht an dem Zurückzugewährenden, sondern nur das Recht, persönlich von dem Gegner

Digitized by Google

dessen Herausgabe zur Z.V. zu verlangen. Ebenso begründet eine frühere Eintragung einer Vormerkung der Anfechtung noch kein Vorzugsrecht. RG. 29, 185. Die mehreren Gläubiger stehen zu einander in dem Verhältnisse, in dem sie sich befinden würden, wenn die zu pfändenden Vermögensstücke noch dem Schuldner gehörten und bei diesem die Befriedigung daraus zu suchen wäre. Wie hier nur die Pfändung ein Vorrecht verschafft, so kann auch bei der Anfechtung ein Gläubiger nur dadurch ein Vorzugsrecht gewinnen, daß er die zurückzugewährende Sache zuerst im Wege der Z.V. oder des Arrestes gegen den Empfänger pfänden läßt. Mot. 663. Der Gegner hat allen anfechtenden Gläubigern gegenüber nur einmal zu erfüllen. Hat er dies Einem gegenüber gethan, so müssen dies alle Anderen gegen sich gelten lassen, sofern er nicht besondere Rechte aus einer gegen ihn bereits erfolgten Pfändung verletzt hat. Deshalb entscheidet Prävention der Befriedigung, abgesehen von einer früheren Pfändung. RG. 24, 92; 10. Okt. 1889, JW. 433. Aus dem Anfechtungszwecke der Befriedigung des Gläubigers folgt, daß der Gegner, statt die Sache herauszugeben, ihn befriedigen kann und dadurch insoweit seiner Rückgewährspflicht auch gegenüber allen anderen Gläubigern genügt. Vgl. Anm. 5 § 1. Die Pflicht zur Rückgewähr hat dabei ihre Grenze in dem bei einer Z.V. zu erwartenden Preise der Sache, also im Kaufwerthe, und wenn der Gegner bis zu dessen Höhe einen Gläubiger oder Mehrere nacheinander befriedigt hat, oder nachfolgenden Gläubigern noch zu gewähren bereit ist, so wird damit seine Rückgewährspflicht erschöpft. Die Herausgabe der Sache an den ersten Gläubiger erledigt also dann, wenn die Sache mehr werth war, als die Forderung des Gläubigers, noch nicht die Ansprüche eines zweiten Anfechtungsgläubigers. Jäckel S. 178; Eccius 1, § 114 Anm. 57 (gegen Cosack S. 229).

6) **Die Einwendungen des Anfechtungsgegners** können sich darauf stützen, daß er das dem Schuldner Entzogene bereits zurückgewährt habe. Dies kann geschehen sein, indem er einen anderen Gläubiger befriedigte, s. Anm. 5, wobei aber zu beachten bleibt, daß die Befriedigung *eines* Gläubigers, namentlich eines nicht anfechtungsberechtigten, die Benachtheiligung *der* Gläubiger nicht immer auszuschließen braucht. RG. 10. Febr. 1903, D. Jur.Z. 223. Die Rückgewähr kann ferner an den Schuldner selbst erfolgt sein. Auf sie kann sich aber der Anfechtungsschuldner dann nicht berufen, wenn sie nur zu dem Zwecke erfolgt ist, dem Schuldner eine andere Veräußerung zu ermöglichen. RG. 44, 92 ff.; oder wenn die Rückgabe statt in Natur in dem Geldwerth des Entzogenen und vom Empfänger veräußerten Gegenstandes erfolgte, und in Folge dessen die Vollstreckbarkeit wegen der schweren Erreichbarkeit baaren Geldes erschwert worden war. RG. 10. Febr. 1903 DJur. Z. 223. — Ferner kann der Anfechtungsgegner nach dem Grundsatze, daß er nur das Entzogene zurückzugewähren hat, Ersatz für Verwendungen verlangen und sogar bis zur Leistung des Ersatzes ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen; BGB. §§ 273, 1000, RG. 16, 23; 22. April 1896, JW. 321; 17. Dez. 1901, JW. 02, 95; ebenso Jäger, Anm. 12 zur K.O. § 37; Petersen-Kleinfeller, Anm. 4 zu § 7; a. M. Hartman-Meikel, Anm. 10. Weiter kann er gegen den Anfechtenden andere nicht aus dem angefochtenen Rechtsverhältniß entstandene Einwendungen haben, Verzicht auf das Anfechtungsrecht s. Anm. 9 zu § 1; Gegenforderungen, wenn der Anfechtungsanspruch auf Zahlung gerichtet ist, wobei wieder berücksichtigt werden muß, daß gegen den auf ein Delikt gestützten Anspruch nicht aufgerechnet noch zurückbehalten werden kann. B.G.B. §§ 393, 1000, vgl. Vorbem. 4 zu § 1: Der Einwand, daß der Schuldner die Gegenleistung dazu verwandt habe, um den Gläubiger wegen einer anderen Forderung zu befriedigen, steht dem Anfechtungsgegner nicht zu, er kann sich vielmehr wegen seiner Gegenforderung nur an den Schuldner halten (§ 8). RG. 29. Jan. 1884, JW. 89. — Sind mehrere Anfechtungsgegner da, so haftet jeder nur für das Empfangene, wenn alle an derselben Rechtshandlung betheiligt sind. Dagegen ist der Einwand, daß der entzogene Gegenstand sich noch in der Hand eines ebenfalls haftenden Rechtsnachfolgers des Anfechtungsgegners befinde, nicht zulässig; der zuerst in Anspruch genommene haftet auf Wertherſatz. Ebenso abzuweisen ist der Einwand, daß in den Händen anderer Personen ebenfalls anfechtbar entzogene Gegenstände sich befänden, aus denen der Gläubiger sich befriedigen könne; der Gläubiger hat vorweg

Digitized by Google

nur aus dem Vermögen des Schuldners Befriedigung zu suchen und zu dem gehören anfechtbar entzogene Gegenstände nicht.

§ 8.

Wegen Erstattung einer Gegenleistung oder im Fall einer anfechtbaren Leistung wegen seiner Forderung kann der Empfänger sich nur an den Schuldner halten.

1. Erstattung der Gegenleistung.
2. Forderung im Falle einer anfechtbaren Leistung.
3. Ansprüche des Anfechtungsschuldners an den Gläubiger.
4. Ansprüche des Anfechtungsschuldners an den Schuldner.
5. Nebenintervention des Schuldners.

1) Erstattung der Gegenleistung. Während bei der K.Anfechtung das Zurückzugewährende zur Masse des Schuldners zurückgeführt wird und deshalb auch der Anfechtungsgegner seine Gegenleistung gegen den Schuldner theils als Masseanspruch, theils als K. Forderung wieder geltend machen kann, §§ 38, 39, kann der Gegner bei der Einzelanfechtung die Gegenleistung entsprechend von dem Schuldner, der sie erhielt, zurückfordern. Dem Anfechtungsgegner wird nicht ein Recht eingeräumt, den Werth der von ihm an den Schuldner gegebenen Gegenleistung von dem Anfechtenden zu verlangen oder diesem in Anrechnung zu bringen; er kann sich deshalb „nur an den Schuldner halten." Denn der Gläubiger hat die Gegenleistung nicht; er ist durch sie nicht bereichert, nicht in der Lage, über das Vermögen des Schuldners zu verfügen, und nicht verpflichtet, dem Gegner seine Gegenleistung zu verschaffen. Mot.

2) Bei der **Forderung „im Falle einer anfechtbaren Leistung"** hat das Gesetz den im § 39 K.O. analog behandelten Fall im Auge, daß der Schuldner an einen seiner Gläubiger geleistet hat, die Leistung indeß anderen Gläubigern gegenüber anfechtbar ist. Der Gegner, der alsdann auf deren Anfechtung die Leistung als noch zum Vermögen des Schuldners gehörig zur Zwangsvollstreckung zurückgewähren muß, kann die Forderung, die ihm nach dem bürgerlichen Rechte deshalb zusteht, weil ihm die frühere Leistung entwährt ist, nur gegen den Schuldner, nicht gegen den anfechtenden Gläubiger geltend machen.

3) Anspruch des Anfechtungsschuldners an den Gläubiger. Dadurch, daß der Empfänger sich nur an den Schuldner halten kann, ist in beiden Fällen der Anm. 1 und 2 auch ausgeschlossen, daß er wegen der Gegenleistung im ersten Falle (Anm. 1) und wegen der durch die Entziehung der angefochtenen Leistung entstandenen Forderung im zweiten Falle (Anm. 2) das von ihm selbst Zurückzugewährende dem Gläubiger gegenüber in Anspruch nehmen, verkürzen, oder etwa als Gegenstand der Vollstreckung für seine Forderung an den Schuldner behandeln könnte. Daß dies ausgeschlossen sein soll, wird durch die Geschichte des § 8 bestätigt. Im Entw. (§ 7) war für den Fall der Anm. 2 das Gegentheil beabsichtigt und abweichend ein Rückgriff des Anfechtungsgegners an das Zurückzugewährende nach der zwischen ihm und dem Gläubiger bestehenden Rangordnung vorgeschlagen. Dies wurde gestrichen, weil zwischen den Fällen der Anm. 1 und 2 kein Unterschied zu machen und in beiden Fällen der Anfechtungsbeklagte von der Konkurrenz an dem Gegenstande der Anfechtung mit seiner Gegenleistung oder seiner Forderung auszuschließen und lediglich an den Schuldner zu verweisen sei. Der Anfechtungsschuldner kann in Folge des Grundes des Anfechtungsrechts auch nicht geltend machen, daß das angefochtene Rechtsgeschäft zwischen den Kontrahenten wirksam bleibe, und daß er deshalb aus seinem Rechte gegen den Schuldner Ansprüche geltend machen könne; — dies würde der Unwirksamkeit gegenüber dem Gläubiger widersprechen. Eine Vollstreckung in den zurückzugewährenden Gegenstand ist für den Anfechtungsschuldner schon deshalb ausgeschlossen, weil eine solche nur in ein dem Schuldner gehöriges Vermögensstück zulässig wäre. Der Schuldner wird aber nicht wieder Eigenthümer der entzogenen Sache, sie bleibt vielmehr, da die angefochtene Rechtshandlung zwischen Schuldner und Anfechtungsschuldner ihre Wirksamkeit behält, Eigenthum des Zweiten.

Digitized by Google

der sie nur zum Zwecke der Befriedigung daraus dem Gläubiger so zur Verfügung stellen muß, als wenn sie noch zum Vermögen des Schuldners gehörte. Eine Vollstreckung in die eigene Sache aber ist unzulässig. Eine Vollstreckung in den zurückzugewährenden Gegenstand ist deshalb (entgegen der früheren Auflage) auch dann ausgeschlossen, wenn der Anfechtungsschuldner für eine andere, nicht mit der angefochtenen Rechtshandlung in Zusammenhang stehende Forderung einen vollstreckbaren Titel gegen den Schuldner hat. Aus demselben Grunde ist es unrichtig (wie **RG. 20**, 157) die Forderung des Anfechtungsschuldners, die durch die angefochtene Rechtshandlung getilgt war, wieder aufleben zu lassen, als wenn keine Leistung erfolgt wäre. Ging die Forderung auf Leistung einer bestimmten Sache, so findet das oben Gesagte unmittelbar Anwendung, es kann also auch ein Pfandrecht, das dem Anfechtungsgegner an dieser Sache zugestanden hatte, nicht wieder aufleben. Bestand die Leistung in Geld, so kann ebenfalls nicht ohne Weiteres die ursprüngliche Forderung wieder geltend gemacht werden, sondern es hängt von dem zwischen Anfechtungsschuldner und Schuldner durch die anfechtbare Rechtshandlung geschaffenen Rechtsverhältnisse ab, ob ein Anspruch gegen den Schuldner erhoben werden kann oder nicht — vgl. Anm. 4. Ebenso Hartmann-Meikel Bem. 2 u. 7. A. M. Petersen-Kleinfeller Anm. 2 f. Jaeckel S. 205.

Die Gegenforderungen des Anfechtungsschuldners wegen seiner für die zurückzugewährende Sache gemachten Verwendungen (Anm. 6 zu § 7) sind nicht ein nach § 8 zu behandelnder Theil einer Gegenleistung, unter der nur die dem Schuldner für die Sache gegebene Leistung zu verstehen ist. Otto S. 243. Cosack S. 295 ff. Vgl. dagegen Busch 7, 561.

4) **Ansprüche des Anfechtungsschuldners an den Schuldner.** Nur negativ ist im § 8 bestimmt, daß der Empfänger sich nicht an einen Anderen, als den Schuldner halten kann. Ob, unter welchen Bedingungen und in welchem Umfange er sich an den Schuldner halten kann, ist hier nicht entschieden, und bleibt nach dem bürgerlichen Rechte zu bestimmen. Daß in K.O. § 38 Satz 2 dem Anfechtungsgegner für alle Fälle eine Konkursforderung gegeben ist, hat seinen Grund darin, daß das angefochtene Rechtsgeschäft gegenüber allen Konkursgläubigern, also auch der Masse gegenüber unwirksam ist; was außerhalb des Konkurses der Schuldner schuldet, ist im Konkurse als K Forderung oder Forderung gegen die Masse geltend zu machen. Für das Verhältniß zwischen Anfechtungsschuldner und Schuldner außerhalb des Konkurses aber ist davon auszugehen, daß sie eine wirksame Rechtshandlung vorgenommen haben und daß dem Empfänger die Leistung von anderer Seite wieder entzogen ist. Hat der Anfechtungsgegner die Leistung des Schuldners in Kenntniß der ihm drohenden Anfechtung als Erfüllung einer ihm gegenüber bestehenden oder gleichzeitig begründeten Verpflichtung angenommen, so muß er sie auch nach der Entziehung als solche gelten lassen. Argument aus B.G.B. §§ 363, 439, 464. Ist nicht aus diesen Gründen der Anspruch ausgeschlossen, so hat er die Natur des Gewährleistungsanspruchs, vgl. B.G.B. §§ 365, 433 ff., 523, Hartmann-Meikel Bem. 3, R.G. in einer daselbst wiedergegebenen, sonst ungedruckten Entscheidung.

5) In dem Anfechtungsprozesse ist **der Schuldner als Nebenintervenient** für den Anfechtungsbeklagten zuzulassen. Daß der Schuldner ein rechtliches Interesse an dem Siege seines Kontrahenten hat, kann nicht bezweifelt werden. Der Gegengrund von Kranichfeld S. 47: er habe gegenüber seinen beiden Gläubigern kein vermögensrechtliches Interesse, daß der Eine oder der Andere zunächst Befriedigung erlange, enthält rücksichtlich beider Parteien eine petitio principii; dem Kläger kann der Schuldner interessirt sein Einwendungen aus C.P.O. § 776 Abs. 2 entgegenzustellen, wonach jener nicht mehr Gläubiger ist; der Beklagte ist oder wird sein Gläubiger unter Umständen nur, wenn er im Anfechtungsprozesse unterliegt. Für den anfechtenden Gläubiger zu interveniren, hat der Schuldner allerdings kein Interesse. — Eine Streitverkündigung des Anfechtungsbeklagten an den Schuldner nach C.P.O. § 72 ist nicht nur zulässig, sondern unter Umständen nach dem bürgerlichen Rechte für den Ersatzanspruch gegen den Schuldner nothwendig. Der Einwand von Kranichfeld S. 46, 47: der Ersatzanspruch des Empfängers

Digitized by Google

beruhe nicht auf dem Grunde seiner Rückgewährspflicht, sondern auf den besonderen privatrechtlichen Beziehungen zum Schuldner, ist nicht zutreffend, da diese immer nur in Verbindung mit der verlangten Rückgewähr den Regreß begründen können. Hartmann zu § 8. Otto S. 239, 240. Jaeckel S. 230.

§ 9.

Erfolgt die Anfechtung im Wege der Klage, so hat der Klageantrag bestimmt zu bezeichnen, in welchem Umfange und in welcher Weise die Rückgewähr seitens des Empfängers bewirkt werden soll.

1. Inhalt der Anfechtungsklage, Formulirung der Anträge:
2. wenn der Empfänger noch besitzt,
3. wenn er veräußert hat,
4. bei Erlaß von Forderungen,
5. bei Anfechtung von Pfandrechten.

1) **Inhalt der Anfechtungsklage.** § 9 hat nicht die Aufgabe, die Klage als den einzigen (oder neben der Einrede einzigen vgl. Anm. 1 zu § 5) Weg der Anfechtung zu bezeichnen, er ordnet vielmehr an, daß die Klage (oder Widerklage) auf Anfechtung nicht als allgemeine Feststellungsklage gemäß § 256 C.P.O., sondern nur unter bestimmter Bezeichnung a) des verlangten Umfangs und b) der verlangten Weise der Rückgewähr erhoben werden kann. RG. 57, 102. Beides muß im Klageantrage, C.P.O. § 253 Abs. 2, enthalten sein, steht also unter dem kategorischen Imperativ des „muß" im § 253 C.P.O. Die Vorschrift ist zwingend, absolut und von Amtswegen zu beachten, es giebt keinen Verzicht auf ihre Befolgung, RG. 23, 5. Wiefern eine Nachholung zulässig ist, bleibt nach den allgemeinen für den § 253 geltenden Grundsätzen zu beurtheilen. Eine, während jedes Prozesses statthafte, s. g. Präjudizial-Incident-Feststellungsklage gemäß § 280 C.P.O. ist dadurch nicht ausgeschlossen. Was materiell an Umfang und Weise der Rückgewähr verlangt werden kann, ist durch § 7 bestimmt.

Für die Formulirung der Anträge geben die Mot. mehrere zutreffende Beispiele:

2) Hat der Schuldner eine **Sache** anfechtbar veräußert oder verpfändet, **die der Empfänger noch besitzt,** so ist der Antrag zu stellen, daß dieser verurtheilt wird, zur Befriedigung des Gläubigers wegen der im Antrage bezeichneten Summe die Zwangsvollstreckung geschehen zu lassen. Die Summe muß bestimmt bezeichnet werden, im Antrage nur zu sagen „die Zw.Vollstr. bis zur Befriedigung des Kl. zu dulden" ist unzulässig, RG. 10. Febr. 1903, JW. 128. Ein Antrag auf Herausgabe an einen zu beauftragenden Gerichtsvollzieher oder einen Sequester nach C.P.O. §§ 847, 848 ist nicht nöthig. Denn nicht ein Anspruch des Schuldners auf Herausgabe des Gegenstandes, wie für § 846, ist Gegenstand des Verfahrens, da der Schuldner nicht anfechten kann und der Gläubiger nicht aus dem Rechte des Schuldners, sondern aus seinem eigenen Rechte ansicht. Vielmehr wird es für das Verhältniß der Interessenten angesehen, als besäße der Beklagte für den Schuldner. Auf Grund des vollstreckbaren Urtheils im Anfechtungsprozesse (oder auch eines Arrestbeschlusses) ist die Sache gegen ihn direkt zu pfänden, als sei er selbst der innehabende Schuldner. Cosack S. 267. Das Gleiche gilt bei der Veräußerung und Verpfändung von Rechten, insbesondere Forderungen.

3) **Hat der Empfänger die Sache veräußert** oder verschlechtert oder kann er sie sonst nicht in Natur zurückgeben, wie z. B. bei einer vom Schuldner geleisteten Zahlung einer Geldsumme, so hat der Antrag auf Zahlung des Werthes oder Schadens in Höhe der vom Gläubiger zu fordernden Summe zu lauten. Dieser Ersatz der zurückzugewährenden anfechtbaren Leistung ist an den anfechtenden Gläubiger unmittelbar zu zahlen, RG. 19. Mai 1883, JW. 228; 2. Juni 1886, JW. 248. Der Anfechtungsbeklagte, der durch eine angefochtene Cession eine Forderung erworben und bereits — durch Einziehung oder durch Aufrechnung — realisirt hat, hat den Betrag an den Anfechtungskläger zu zahlen; ein Umweg der Zwangsvollstreckung in die dem Anfechtungsprinzipe nach noch zum Vermögen des Schuldners gehörige Forderung erübrigt sich in diesem Falle, RG. 20. April 1883; 9, 66, 70—73; 10, 10; 58, 105, 12. Juni 1883, JW. S. 196.

Digitized by Google

4) Hat der Schuldner dem Gegner **eine Forderung anfechtbar erlassen**, so kann der Gläubiger nur dann unmittelbar auf Zahlung klagen, wenn er sich vorher die Forderung seines Schuldners hat pfänden und überweisen lassen. Er begegnet dann der Einrede des Erlasses mit der Replik der Anfechtung. Vorher muß er den Antrag darauf richten, daß der Gegner eine Pfändung der Forderung als einer dem Pfändungsrecht des Gläubigers gegenüber noch bestehenden in Höhe der klägerischen Forderungen geschehen lasse. Die Unwirksamkeit, die Wirkung der Anfechtung ist, hat nur den Wegfall des Erlasses, der als nicht erfolgt gilt, zur Folge, und ändert sonst nichts an der Fälligkeit, der Bedingtheit, und den sonstigen Voraussetzungen für die Geltendmachung der Forderung.

5) **Bei Anfechtung von Verpfändungen und Pfandrechten**, die in einem Vertheilungsverfahren berücksichtigt werden sollen, sind die Grundsätze, nach denen die Auszahlung und Vertheilung der Masse verlangt wird, im Antrage anzugeben. Es ist entsprechend dem Grundsatze des § 7 davon auszugehen, daß der angefochtene voreingetragene Anspruch als dem Anfechtenden gegenüber unwirksam bei der Vertheilung, soweit er diesen benachtheiligt, in Wegfall zu bringen ist. Soll die Anfechtung einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld erfolgen, ehe es zur Versteigerung des belasteten Grundstücks gekommen ist, so hat sich der Antrag nach dem Zwecke der Anfechtung, der Befriedigung einer bestimmten Forderung zu dienen, darauf zu richten, daß die Eintragung der Hypothek u. s. w. dieser Befriedigung nicht im Wege steht. Mit Rücksicht darauf, daß die angefochtene Rechtshandlung zwischen Schuldner und Anfechtungsbeklagten und ebenfalls jedem Dritten gegenüber ihre volle Wirksamkeit behält und daß auf der anderen Seite der Gläubiger nur das Recht hat, sich aus dem anfechtbar dem Vermögen des Schuldners entzogenen Gegenstand im Wege der Zwangsvollstreckung zu befriedigen, ist das Verlangen auf Löschung oder Umschreibung der Hypothek ausgeschlossen. **RG.** 28. Febr. 1902, Rass.K. **46**, 1016, **56**, 194. Der Antrag des Gläubigers kann deshalb nur dahin gehen, daß der Anfechtungsbeklagte die Vollstreckung in das verpfändete Grundstück ohne Berücksichtigung seines Pfandrechts zu dulden habe. — Die Hypothek fällt auch nicht etwa weg, sodaß nachstehende Hypothekengläubiger aufrückten. **RG. 47**, 216 ff. Der Anfechtende erlangt vielmehr mit der erfolgreichen Anfechtung das Recht, an der Stelle der angefochtenen Hypothek u. s. w. aus dem Grundstück befriedigt zu werden. Der Antrag der Anfechtungsklage muß also, um die Anfechtung insbesondere bei Vorhandensein nachstehender Pfandgläubiger zur vollen Wirkung zu bringen, darauf gerichtet werden, daß der Anfechtende den bei einer Versteigerung auf die angefochtene Hypothek u. s. w. fallenden Erlös für sich beanspruchen dürfe und daß sie, wenn der Anfechtende die Versteigerung betreibt, bei der Festsetzung des geringsten Gebotes nicht berücksichtigt werde. Wollte in dem einen oder dem anderen Fall der Schuldner die dem Gläubiger gegenüber unwirksame Hypothek als Eigenthümerhypothek für sich beanspruchen, so würde dies dem Grundsatze der Unwirksamkeit widersprechen, die zu Gunsten des Gläubigers auch gegen den Schuldner wirkt. **RG.** 11. März 1892, Rass.K. **36**, 1114.

Zweckmäßig wird es sein, die Anfechtung einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld durch Eintragung einer Vormerkung im Grundbuche zu sichern, damit sie, so erkennbar gemacht, jedem dritten Erwerber gegenüber durchgreift. **RG. 29**, 182.

§ 10.

Liegt ein nur vorläufig vollstreckbarer Schuldtitel des Gläubigers oder ein unter Vorbehalt ergangenes Urtheil (Civilprozeßordnung §§ 540, 599) vor, so ist in dem den Anfechtungsanspruch für begründet erklärenden Urtheile die Vollstreckung desselben davon abhängig zu machen, daß die gegen den Schuldner ergangene Entscheidung rechtskräftig oder vorbehaltlos wird.

1. Grund und Zweck des § 10.
2. Vorbehalt des § 10.
3. Eintritt der Bedingung.
4. Verfahren zwischen Gläubiger und Schuldner.
5. Aussetzen der Entscheidung.

Digitized by Google

1) Grund und Zweck des § 10. Die Anfechtung dient der Befriedigung einer gegen den Schuldner begründeten Forderung. Wird das Bestehen einer solchen vom Schuldner bestritten, so kann eine endgültige Befriedigung von dem Schuldner erst nach rechtskräftiger Verurtheilung erzwungen werden. Die Beitreibung auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren oder unter Vorbehalt ergangenen Urtheils unterliegt den Beschränkungen der C.P.O. §§ 710—713, 839, der Schutzvorschrift des § 600, § 717 Abs. 2 und der Rückforderung gemäß § 541 Abs. 2. Dem Anfechtungsbeklagten gegenüber dagegen wird im § 2 als Vorbedingung nur die Vollstreckbarkeit, nicht die Rechtskraft des Schuldtitels verlangt. Es genügt also auch ein mit vorläufiger Vollstreckbarkeit (C.P.O. §§ 708 bis 713, 700) und ein nach C.P.O. §§ 540, 599 mit Vorbehalt erlassenes Urtheil, um ein rechtkräftiges Urtheil zu erlangen. Aus ihm wäre eine Vollstreckung nicht abzuwenden und eine Rückforderung nur mit Hülfe einer besonderen Klage möglich. Schon vorher aber kann sich der Anfechtungsbeklagte gemäß § 8 an den Schuldner halten. Damit nun nicht eine solche Erledigung des Anfechtungsanspruchs eintreten kann, während die Grundlage durch ein späteres für den Schuldner ergehendes Urtheil beseitigt wird, ist die Vorschrift des § 10 ergangen. Nach ihr muß ein Urtheil, das aus solchen Titeln einen Anfechtungsanspruch für begründet erklärt, die Vollstreckbarkeit des Anspruchs davon abhängig machen, daß der gegen den Schuldner ergangene Schuldtitel rechtskräftig oder vorbehaltlos wird. Ein solches Urtheil, das die eigene Ausführbarkeit bedingt verneint oder bejaht, kann rechtskräftig werden, bevor die Bedingung entschieden ist, ohne doch damit zugleich auch eine Erledigung des Anfechtungsanspruchs zu ermöglichen. Auf diese Weise sollen gleichzeitig der Anfechtungsbeklagte und der Schuldner geschützt werden.

2) Der Vorbehalt des § 10 erfolgt nicht etwa durch Erlaß eines bedingten Urtheils unter entsprechender Anwendung der §§ 462, 464 C.P.O., die eine analoge Ausdehnung überhaupt nicht gestatten; das Urtheil hat nur auszusprechen, daß die Vollstreckung nur erfolgen darf, wenn die gegen den Schuldner ergangene, eine vorläufige Vollstreckbarkeit begründende, Entscheidung rechtskräftig oder vorbehaltlos wird; ohne für den andern Fall eine Abweisung der Klage auszusprechen oder eine Verhandlung und einen Ausspruch über den Eintritt der Bedingung zu erfordern. Die Form des Ausspruchs eines Vorbehalts ist nur für den mit Klage, Widerklage oder Replik erhobenen Anfechtungsanspruch verwendbar, nicht bei seiner Geltendmachung durch Einrede, von deren „Vollstreckung" man nicht sprechen kann, vgl. § 322 C.P.O.; über die Bedeutung der Vorschrift für den einredeweis erhobenen Anfechtungsanspruch vgl. aber Anm. 3 zu § 5. Zufolge der Amtspflicht des Gerichts, die gesetzlichen Voraussetzungen der Klage, §§ 2, 10, zu prüfen, ist der Vorbehalt von Amtswegen zu erklären; indeß ein Ergänzungsurtheil nach § 321 C.P.O. zu erlassen, wenn der Vorbehalt unterlassen ist, würde dem § 321 ebenso widersprechen, wie wenn ein sonst bedingter Anspruch im Urtheil als unbedingter zugesprochen würde. Hartmann-Meikel Anm. 1. A.M. Petersen-Kleinfeller Anm. 3. Gegenüber dem K.Verwalter, der nach § 13 in den Prozeß eintritt oder seine Rechte auf Grund eines rechtskräftig gewordenen Urtheils gemäß § 37 K.O. verfolgt, fällt § 10 als gegenstandslos fort. **RG. 30**, 70, 71.

3) Eintritt der Bedingung. Wird das vorläufig vollstreckbare Urtheil zu Gunsten des Schuldners aufgehoben, so ist eine Vollstreckung gegen den verurtheilten Anfechtungsbeklagten niemals zulässig. Ob er im Wege der Klage das Nichtbestehen der Rückgewährspflicht feststellen lassen kann (Völderndorff 3 S. 195, Petersen-Kleinfeller Anm. 6) muß zweifelhaft erscheinen, weil sein Interesse in dem Vorbehalte des Urtheils genügenden Schutz gefunden hat, das Bestreiten der Anfechtbarkeit der vom Schuldner vorgenommenen Rechtshandlung aber aus anderen Gründen als aus dem Mangel eines Titels gegen den Schuldner nicht in Frage steht. Vgl. jedoch Anm. 4.

Wird das vorläufig vollstreckbare Urtheil rechtskräftig, so kann für das gegen den Anfechtungsbeklagten ergangene Urtheil die Vollstreckungsklausel nach den Vorschriften der C.P.O. §§ 726, 730 ff. ertheilt werden.

4) Die Entscheidung über die Bedingung hat im Verfahren zwischen dem Gläu-

Digitized by Google

biger und dem Schuldner zu ergehen. Der Anfechtungsbeklagte hat kein direktes Mittel, die Entscheidung herbeizuführen. Er kann indeß durch Intervention gemäß §§ 66, 69 C.P.O. in dem zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner schwebenden Rechtsstreite dafür wirken. Jäckel S. 233. Wird die, gegen den Schuldner ergangene, rechtskräftig oder vorbehaltlos gewordene Entscheidung durch ein Wiederaufnahmeverfahren geändert, so steht dem Schuldner sowie dem Anfechtungsgegner ein Rückgriff gegen den Anfechtungsgläubiger gemäß B.G.B. § 812 zu, da die für die Vollstreckung angenommene Voraussetzung fortgefallen ist, dem Anfechtungsgegner außerdem noch der Anspruch gemäß C.P.O. § 767; er kann deshalb auch im Wiederaufnahmeverfahren als Nebenintervenient auftreten. Ein selbständiges Wiederaufnahmerecht hat der Anfechtungsbeklagte nicht, C.P.O. § 570 Nr. 7 findet keine Anwendung, weil das Urtheil gegen den Schuldner weder ein in derselben Sache erlassenes früheres Urtheil noch eine Urkunde gemäß Nr. 7b ist und § 570 Nr. 6 nur von strafgerichtlichen Urtheilen spricht. Petersen-Kleinfeller Anm. 8.

5) Das Gericht kann auch nach C.P.O. § 148 **die Entscheidung** über den Anfechtungsanspruch bis nach Feststellung der Rechtskraft oder Vorbehaltlosigkeit des Schuldtitels **aussetzen**. In § 10 ist nur der Ausdruck für die Entscheidung vorgeschrieben, *wenn* eine solche erlassen wird. Dies Verfahren wird mit Rücksicht auf den Anfechtungsbeklagten fast immer zweckmäßig sein, zumal der Kläger allein an dem Betrieb beider Prozesse ein wesentliches Interesse hat. Vgl. Hartmann-Kranichfeld S. 50; Seuffert, Busch 9, 137. — In Ansehung der Kosten des Rechtsstreites muß die Entscheidung, damit der Anfechtungsbeklagte zu seinem Rechte kommen kann, immer ausgesetzt werden. Wird er mit dem Vorbehalt des § 10 auch zur Tragung der Kosten verurtheilt, später aber die Bedingung zu seinen Gunsten entschieden, so wird er weder die an die Staatskasse gezahlten Kosten noch seine eigenen außergerichtlichen Kosten erstattet bekommen, obgleich der Anfechtungskläger in Wahrheit der unterliegende Theil ist und als solcher die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat.

§ 11.

Die gegen den Erblasser begründete Anfechtung findet gegen den Erben statt.

Gegen einen anderen Rechtsnachfolger desjenigen, welchem gegenüber die anfechtbare Handlung vorgenommen ist, findet die gegen den letzteren begründete Anfechtung statt:

1. wenn ihm zur Zeit seines Erwerbes die Umstände, welche die Anfechtbarkeit des Erwerbes seines Rechtsvorgängers begründen, bekannt waren;
2. wenn er zu den im § 3 Nr. 2 genannten Personen gehört, es sei denn, daß ihm zur Zeit seines Erwerbes die Umstände, welche die Anfechtbarkeit des Erwerbes seines Rechtsvorgängers begründen, unbekannt waren;
3. wenn ihm das Erlangte unentgeltlich zugewendet worden ist.

Im Falle des Abs. 2 Nr. 3 findet auf die Haftung des Rechtsnachfolgers die Vorschrift des § 7 Abs. 2 Anwendung.

Zur Erstreckung der Fristen in Gemäßheit des § 4 genügt die Zustellung des Schriftsatzes an den Rechtsnachfolger, gegen welchen die Anfechtung erfolgen soll.

1. Abs. 1—3. | 2. Fristerstreckung.

1) **Die Abs. 1 bis 3 des § 11** wiederholen den § 40 K.O. Für sie ist auf die Anm. zu § 40 zu verweisen.*)

*) In Anm. 6 Abs. 1 zu K.O. § 40 ist von dem Fall gesprochen, daß der Rechtsnachfolger ein Verwandter des unmittelbaren Anfechtungsgegners sei. Es muß natürlich, wie sich auch aus dem Folgenden ergiebt, heißen „des Schuldners". Vgl. dazu **RG. 19**, 202.

Digitized by Google

Zu Abs. 2 Nr. 2 ist hinzuzufügen: Die Anfechtung gegen die im § 3 Nr. 2 genannten Personen ist, wenn sie Rechtsnachfolger des ersten Anfechtungsgegners sind, nicht etwa davon abhängig, daß sie innerhalb des im § 3 Nr. 2 bestimmten Frist, also innerhalb eines Jahres nach Eintritt der Rechtsnachfolge geschieht. Die Zeitbestimmung ist im § 11 nicht wiederholt. Ist also die Anfechtung gegen den ersten Anfechtungsgegner 10 Jahre lang nach der Vornahme der anfechtbaren Rechtshandlung zulässig, § 12, so ist sie innerhalb desselben Zeitraums auch gegen einen dem Schuldner gemäß § 3 Nr. 2 verwandten Rechtsnachfolger möglich. War auch der erste Anfechtungsgegner einer der im § 3 Nr. 2 genannten Verwandten, so kann gegen ihn die Wahrung der Frist durch die Ankündigung der Anfechtung gemäß § 4 gewahrt sein (s. Anm. 2) und die Anfechtung dann gegen jeden Rechtsnachfolger auch nach Ablauf eines Jahres nach Eintritt der Rechtsnachfolge vorgenommen werden, wenn nur die im § 4 bestimmten zwei Jahre seit Zustellung der Ankündigung noch nicht abgelaufen sind. Vgl. RG. 45, 45.

2) Abs. 4 bezieht sich auf die nach § 4 erfolgende **Erstreckung der Fristen** des § 3 Nr. 2—4 und betrifft die Frage, an wen die Zustellung eines Schriftsatzes gemäß § 4 erfolgen muß, ohne diese Frage direkt für alle Fälle zu lösen. Zur Verfolgung des Rechtsnachfolgers soll in allen Fällen die Zustellung des Schriftsatzes an ihn behufs Erstreckung der Frist wirksam sein (natürlich nur, wenn die sonstigen Voraussetzungen des § 4 vorliegen), ohne daß es einer Zustellung an den Rechtsvorgänger bedarf. Insoweit ist das Erforderniß des Abs. 2, daß die Anfechtung gegen den Rechtsvorgänger begründet sein muß, also auch diesem der Schriftsatz zugestellt sein müßte, für die Wirksamkeit gegen den Rechtsnachfolger geändert. Die weitere Frage, ob und wann die Zustellung des Schriftsatzes an den Rechtsvorgänger zur Verfolgung seines Nachfolgers genügt, ist nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu lösen. Allgemein ist davon auszugehen, daß, wie auch § 4 voraussetzt, die Zustellung demjenigen geschehen muß, gegen den die Anfechtung gerichtet und die Erstreckung wirksam werden soll. Keinenfalls kann daher die nur an den Rechtsvorgänger nach eingetretener Rechtsnachfolge geschehene Zustellung zur Erstreckung gegen den Rechtsnachfolger wirksam werden; die nach seinem Erwerbe zwischen seinem Vorgänger und Dritten erfolgenden Rechtshandlungen können seine erworbenen Rechte nicht verkümmern und ihm keine Pflichten auferlegen. Das im Abs. 2 vorausgesetzte Erforderniß, daß die Anfechtung gegen den Rechtsvorgänger begründet sein muß, ist sachgemäß dahin auszulegen, daß sie gegen ihn schon begründet sein muß, wenn die Rechtsnachfolge eintrat. Andrerseits folgt aus diesem Erfordernisse, daß, wenn die Anfechtungsfrist vor Eintritt der Rechtsnachfolge erstreckt war, die Erstreckung auch gegen den Rechtsnachfolger wirksam wird, falls die ferneren Voraussetzungen der Nr. 1—3 Abs. 2 vorliegen, ohne daß für diese Wirksamkeit (wie die Mot. bemerken) entscheidend ist, ob der Rechtsnachfolger zur Zeit seines Erwerbes von der Zustellung Kenntniß hatte. Vgl. RG. 45, 45, Petersen-Kleinfeller Anm. 3; a. M., daß die Zustellung an den Rechtsvorgänger unter allen Umständen genüge, Hartmann-Meickel Anm. 12; wie die Motive Jaeckel S. 168 ff.

§ 12.

Die Anfechtung einer nach § 3 Nr. 1 anfechtbaren Handlung kann nur binnen zehn Jahren erfolgen. Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften des § 203 Abs. 2 und der §§ 206, 207 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung.

Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem der Gläubiger den vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hatte und seine Forderung fällig war, wenn aber die Rechtshandlung nach diesem Zeitpunkt vorgenommen ist, mit der Vornahme der Handlung.

Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn seit der Vornahme der Handlung dreißig Jahre verstrichen sind.

Digitized by Google

1. Ausschluß- und Verjährungsfrist.
2. Anwendungsgrenzen.
3. Beginn der Ausschlußfrist.
4. Dauer der Ausschlußfrist.
5. Wirkung und Berechnung der Ausschlußfrist.
6. Wahrung der Ausschlußfrist.
7. Anfechtungsanspruch und Anspruchsverjährung.

1) Das E.G. zu K.O.N. Art. VII hat für die Geltendmachung des Anfechtungsrechtes **die Ausschlußfrist** des § 12 **anstatt** der nach der alten Fassung des Gesetzes bestimmten **Verjährungsfrist** gegeben. Es sollte hiermit wie mit dem in §§ 3, 4, 11, 13 vorgenommenen Änderungen dem Rechtsgedanken Ausdruck gegeben werden, daß die Anfechtung nur eine Befugnis, das Anfechtungsrecht kein Anspruch sei. Nur Ansprüche aber unterliegen nach B.G.B. § 194 einer Verjährung. Vgl. Anm. 7 zu § 1. Motive zum E.G. zu K.O.N S. 61, 35. Die Ausschlußfrist setzt danach nur dem Anfechtungsrecht Grenzen, während der Anfechtungsanspruch wie früher der Verjährung, im Gegensatz zu früher aber nicht einer abgekürzten, sondern der ordentlichen Verjährung unterliegt. Diese Bedeutung wird der vorgenommenen Änderung abgestritten, **RG.** 52, 334; 29. März 04. J.W. S. 367; 28. Juni 04. J.W. S. 496, Jäger Anm. 55, Hartmann-Meikel Vorbem. § 4 mit der Begründung, daß es, wenn auch nur Ansprüche einer Verjährung unterliegen, doch andererseits auch sonst Ansprüche gebe, die einer Ausschlußfrist unterworfen seien, vgl. B.G.B. § 864 Abs. 1 (Ansprüche des Besitzers wegen Entziehung und Störung des Besitzes durch verbotene Eigenmacht). Diese Thatsache rechtfertigt aber — namentlich gegenüber der ausdrücklichen Erklärung der Gesetzesbegründung — nicht die sonst unverständliche Beseitigung der bisher geltenden Verjährung. Einen nicht mißzuverstehenden Ausdruck aber findet die im Gesetz erklärte Unterscheidung zwischen der Geltendmachung der Anfechtung als einer Befugnis und der des Anfechtungsanspruches als eines Rechtes mit Anspruchsnatur in der Bestimmung des 2. Satzes des 1. Absatzes. Aus ihm ergiebt sich, wie in Anm. 6 näher dargethan wird, daß die Wahrung der Ausschlußfrist durch formloses außergerichtliches Erklären erfolgen kann. Nähme man nun an, daß die Ausübung des Anfechtungsrechts mit der Erhebung des Anfechtungsanspruchs zusammenfalle, und würde danach mit der formlosen Ausübung des Anfechtungsrechtes zugleich die Frist für die Geltendmachung des Anfechtungsanspruchs gewahrt, so gäbe es für die gerichtliche Geltendmachung überhaupt keine Grenze. Eine solche Gesetzesanomalie ist zweifellos nicht gewollt. Vielmehr unterliegt auch nach Wahrung der Ausschlußfrist durch die Anfechtung der Anspruch der ordentlichen Verjährung, vgl. Anm. 7.

2) **Die Anwendung der Ausschlußfrist** ist auf die Fälle des § 3 Nr. 1 beschränkt, für den § 3 Nr. 2—4 sind die in den §§ 3 und 4 gegebenen Zeitgrenzen als besondere materielle Voraussetzungen gegeben.

3) **Der Beginn der Ausschlußfrist** ist von dem Zusammentreffen dreier Thatsachen abhängig. Es müssen in einem Zeitpunkt vereinigt sein:

a) daß die anzufechtende Rechtshandlung durch den Schuldner vorgenommen ist (ohne Rücksicht auf die Kenntniß des Gläubigers davon);
b) daß „der Gläubiger den vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat“ und
c) daß seine Forderung fällig ist.

Da der Anfechtungsanspruch erst geltend gemacht werden kann, wenn der Anfechtungsbeklagte im Sinne des § 2 befriedigungsunfähig ist, ohne daß die Frist des § 12 bis zum Eintritt dieser Vermögenslage suspendirt ist, so kann die Ausschlußfrist bereits zu laufen beginnen, bevor eine Anfechtungsklage oder eine Anfechtungseinrede möglich ist (abweichend von K.O. § 41). Es ist also möglich, daß die Frist bereits abgelaufen ist, ehe zur Anfechtung geschritten werden kann.

Den vollstreckbaren Schuldtitel erlangt der Gläubiger mit der Verkündung eines rechtskräftigen oder für vorläufig vollstreckbar erklärten Urtheils. Wird ein nicht für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urtheil verkündet, so ist erst dessen Rechtskraft abzuwarten, und ist die Vollstreckung von einer Bedingung im Urtheile abhängig gemacht, so ist erst der Eintritt der Bedingung Anfangspunkt der Frist. Nachdem die Frist durch das Zusammentreffen der 3 Momente zu a, b, c begonnen hat, wird ihr Ablauf auch durch die Erlangung eines neuen vollstreckbaren Schuldtitels für dieselbe Forderung nicht geändert.

Digitized by Google

4) **Die Dauer der Frist** ist zweifach bestimmt durch den Ablauf von 10 Jahren seit dem in Anm. 3 näher bestimmten Zeitpunkt und den Ablauf von 30 Jahren seit der Vornahme der anfechtbaren Rechtshandlung. Die zehnjährige (nicht aber die dreißigjährige) Frist kann verlängert werden durch während des Laufs der Frist eintretende oder vorhandene Hemmungen, nämlich durch Verhinderung an der Verfolgung des Anfechtungsrechts durch höhere Gewalt innerhalb der letzten 6 Monate der Frist für die Zeit der Verhinderung (B.G.B. § 203 Abs. 2), durch den Umstand, daß das Anfechtungsrecht zu einem Nachlaß gehört oder sich gegen einen Nachlaß richtet, bis auf 6 Monate nach Annahme der Erbschaft oder Eröffnung des Nachlaßkonkurses (B.G.B. § 207) und durch den Mangel eines gesetzlichen Vertreters auf Seite des Anfechtungsberechtigten bis auf 6 Monate nach Wegfall der Vertretungsnothwendigkeit (B.G.B. § 206). Die §§ 203 Abs. 2 und 207 B.G.B. sind auch für die Konkursanfechtung für anwendbar erklärt (K.O. § 41), der § 206 nicht, weil im Konkurse nur dem Verwalter die Anfechtungsbefugniß zusteht, ein gesetzlicher Vertreter des Verwalters aber nicht dessen Befugnisse über die K.Masse haben würde.

5) Ueber die **Wirkung** des Ablaufs der Verjährungsfrist und über ihre **Berechnung** vergleiche das in Anm. 2 und 5 zur K.O. § 41 Gesagte.

6) **Die Wahrung der Ausschlußfrist** erfolgt durch formloses Geltendmachen der Anfechtung. Dies ergiebt sich aus der mit Satz 2 gegebenen Beschränkung in der Analogie der Verjährungsvorschriften. An sich finden die Vorschriften über die Unterbrechung und Hemmung der Verjährungsfristen auf Ausschlußfristen grundsätzlich keine Anwendung (Planck Anm 2 zu § 124 B.G.B.). Die Anwendung erfolgt aber hier wie in zahlreichen Fällen des bürgerlichen Rechts aus Billigkeitsrücksichten und zwar ist in jedem Falle sorgfältig abgewogen, wie weit die Billigkeit geht. So ist hier wie im B.G.B. § 124 für die 30jährige Frist die Hemmung nicht für anwendbar erklärt. So ist ferner hier wie im B.G.B. § 124 die Bezugnahme auf B.G.B. § 203 Abs. 1 weggelassen, in dem angeordnet ist, daß die Verjährungsfrist gehemmt ist, solange der Berechtigte durch Stillstand der Rechtspflege an der Rechtsverfolgung verhindert ist. Diese Bezugnahme fehlt im B.G.B. § 124 deshalb, weil unbestreitbar die dort behandelte Anfechtung einer Zugänglichkeit des Gerichts nicht bedarf. In anderen Fällen der Anfechtung, wie denen des B.G.B. § 1339 Abs. 3, § 1954 Abs. 2, bei denen die Anfechtung im Wege der Klage oder einer dem Gericht gegenüber abzugebenden Erklärung erfolgt, ist der § 203 Abs. 1 für anwendbar erklärt, weil, wenn das Gericht unzugänglich, die Anfechtung unmöglich ist. Die Sorgfalt, mit der gerade hierauf Rücksicht genommen ist, tritt am deutlichsten in § 1599 B.G.B. hervor, wo in einer Vorschrift je nach der Verschiedenheit der Fälle die Anwendbarkeit des § 203 Abs. 1 für überflüssig und für *erforderlich erklärt wird*. Daß die gleiche Sorgfalt auch bei der Redaktion der *Anfechtungsvorschrift* in dem A.G. und der K.O. obgewaltet hat, wird daraus *ersichtlich*, daß die Anwendung des B.G.B. § 206, die A.G. § 12 vorschreibt, in der sonst *gleich* lautenden Vorschrift der K.O. § 41 fehlt, *weil* der Fall des § 206 im Konkurse nicht vorkommt. Vgl. Anm. 4. Es soll also auch für die Gläubigeranfechtung eine Zugänglichkeit des Gerichts unerheblich sein. Das ist nur dann der Fall, wenn die im Gesetz gestellte Frist auch durch eine formlose Erklärung der Anfechtung gewahrt werden kann. Ausdrücklich a. M. die oben citirten Entscheidungen des Reichsgerichtes.

7) **Der Anfechtungsanspruch** kann auch nach Ablauf der im § 12 bestimmten Fristen geltend gemacht werden, sobald rechtzeitig (Anm. 6) das Anfechtungsrecht ausgeübt worden ist. **Ueber eine Verjährung des Anspruchs** ist in diesem Gesetz nichts gesagt; der Anspruch unterliegt aber nach allgemeinen Grundsätzen (B.G.B. § 194) der Verjährung und in Ermangelung anderer Vorschriften der regelmäßigen Verjährung von 30 Jahren (B.G.B. § 195). Die Frist beginnt gemäß B.G.B. § 200 mit dem Zeitpunkte zu laufen, in dem die Anfechtung zulässig ist, nicht erst mit der Geltendmachung der Anfechtung, a. M. Meyer Anm. I zu K.O. § 41. Da zu den Voraussetzungen der Anfechtung auch die Vermögensunzulänglichkeit des Schuldners im Sinne des § 2 gehört,

Digitized by Google

muß auch diese von dem Anfechtungsgegner bewiesen werden, um den Anfang der Verjährungsfrist zu bestimmen. Die hierin liegende Schwierigkeit führt jedoch nur dahin, daß die Verjährung allenfalls erst von der Anfechtung läuft. Denn zunächst muß der Gläubiger, um seine Anfechtung zu rechtfertigen, denselben Beweis für die Zeit dieser Anfechtung führen.

§ 13.

Wird über das Vermögen des Schuldners das Konkursverfahren eröffnet, so steht die Verfolgung der von Konkursgläubigern erhobenen Anfechtungsansprüche dem Konkursverwalter zu. Aus dem Erstrittenen sind dem Gläubiger die Prozeßkosten vorweg zu erstatten.

Ist das Verfahren über den Anfechtungsanspruch noch rechtshängig, so wird dasselbe unterbrochen. Im Fall einer Verzögerung der Aufnahme kommen die Bestimmungen der Civilprozeßordnung § 239 zur entsprechenden Anwendung. Der Konkursverwalter kann den Anspruch nach den Vorschriften der Konkursordnung §§ 37—39, 41 in Gemäßheit der §§ 268, 529 der Civilprozeßordnung erweitern. Lehnt der Verwalter die Aufnahme des Rechtsstreits ab, so kann derselbe rücksichtlich der Prozeßkosten von jeder Partei aufgenommen werden. Durch die Ablehnung der Aufnahme wird die Befugniß des Verwalters, nach den Vorschriften der Konkursordnung das Anfechtungsrecht auszuüben, nicht ausgeschlossen.

Soweit der Gläubiger aus dem Zurückzugewährenden eine Sicherung oder Befriedigung erlangt hatte, finden auf die Anfechtung derselben die Vorschriften des § 30 Nr. 1 der Konkursordnung entsprechende Anwendung.

Nach der Beendigung des Konkursverfahrens können Anfechtungsrechte, deren Ausübung dem Konkursverwalter zustand, von den einzelnen Gläubigern nach Maßgabe dieses Gesetzes verfolgt werden, soweit nicht dem Anspruch entgegenstehende Einreden gegen den Verwalter erlangt sind. War die Anfechtung nicht schon zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens erfolgt, so wird die im § 3 Nr. 2 bis 4 bestimmte Frist von diesem Zeitpunkt berechnet, sofern die Anfechtung bis zum Ablauf eines Jahres seit der Beendigung des Konkursverfahrens erfolgt.

Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner rücksichtlich seines nicht zur Konkursmasse gehörigen Vermögens vorgenommen hat, können von den Konkursgläubigern auch während des Konkursverfahrens nach Maßgabe dieses Gesetzes angefochten werden.

1. Anwendungsgrenze des § 13.
2. Einfluß des Konkurses auf die Anfechtung des Einzelgläubigers
3. Befugnisse des Konkursverwalters.
4. Befugnisse der Einzelgläubiger. I. Während des Konkurses.
5. (Abs. 2 Satz 4.) Aufnahme der Einzelprozesse wegen der Kosten.
6. (Abs. 3.) Sicherung und Befriedigung des Einzelgläubigers.
7. (Abs. 5.). Befriedigung aus nicht zur K.Masse gehörigen Gegenständen.
8. (Abs. 4.) II. Nach der Konkursbeendigung. Prozessuale Befugnisse.
9. Einreden gegen den K.Verwalter.
10. Berechnung der Fristen.

1) **Anwendungsgrenzen des § 13.** Der § 13 regelt den Einfluß des über das Vermögen des Schuldners auszusprechenden Konkurses auf die vorher von den einzelnen Gläubigern vorgenommenen Anfechtungen. Er handelt aber lediglich von „Konkursgläubigern", damit sind die Gläubiger gemeint, die bei Eröffnung des Konkurses über das Vermögen ihres Schuldners gemäß K.O. § 3 begrifflich zu den Konkursgläubigern

Digitized by Google

4) **Die Dauer der Frist** ist zweifach bestimmt durch den Ablauf von 10 Jahren seit dem in Anm. 3 näher bestimmten Zeitpunkt und den Ablauf von 30 Jahren seit der Vornahme der anfechtbaren Rechtshandlung. Die zehnjährige (nicht aber die dreißigjährige) Frist kann verlängert werden durch während des Laufs der Frist eintretende oder vorhandene Hemmungen, nämlich durch Verhinderung an der Verfolgung des Anfechtungsrechts durch höhere Gewalt innerhalb der letzten 6 Monate der Frist für die Zeit der Verhinderung (B.G.B. § 203 Abs. 2), durch den Umstand, daß das Anfechtungsrecht zu einem Nachlaß gehört oder sich gegen einen Nachlaß richtet, bis auf 6 Monate nach Annahme der Erbschaft oder Eröffnung des Nachlaßkonkurses (B.G.B. § 207) und durch den Mangel eines gesetzlichen Vertreters auf Seite des Anfechtungsberechtigten bis auf 6 Monate nach Wegfall der Vertretungsnothwendigkeit (B.G.B. § 206). Die §§ 203 Abs. 2 und 207 B.G.B. sind auch für die Konkursanfechtung für anwendbar erklärt (K.O. § 41), der § 206 nicht, weil im Konkurse nur dem Verwalter die Anfechtungsbefugniß zusteht, ein gesetzlicher Vertreter des Verwalters aber nicht dessen Befugnisse über die K.Masse haben würde.

5) Ueber die **Wirkung** des Ablaufs der Verjährungsfrist und über ihre **Berechnung** vergleiche das in Anm. 2 und 5 zur K.O. § 41 Gesagte.

6) **Die Wahrung der Ausschlußfrist** erfolgt durch formloses Geltendmachen der Anfechtung. Dies ergiebt sich aus der mit Satz 2 gegebenen Beschränkung in der Analogie der Verjährungsvorschriften. An sich finden die Vorschriften über die Unterbrechung und Hemmung der Verjährungsfristen auf Ausschlußfristen grundsätzlich keine Anwendung (Planck Anm 2 zu § 124 B.G.B.). Die Anwendung erfolgt aber hier wie in zahlreichen Fällen des bürgerlichen Rechts aus Billigkeitsrücksichten und zwar ist in jedem Falle sorgfältig abgewogen, wie weit die Billigkeit geht. So ist hier wie im B.G.B. § 124 für die 30jährige Frist die Hemmung nicht für anwendbar erklärt. So ist ferner hier wie im B.G.B. § 124 die Bezugnahme auf B.G.B. § 203 Abs. 1 weggelassen, in dem angeordnet ist, daß die Verjährungsfrist gehemmt ist, solange der Berechtigte durch Stillstand der Rechtspflege an der Rechtsverfolgung verhindert ist. Diese Bezugnahme fehlt im B.G.B. § 124 deshalb, weil unbestreitbar die dort behandelte Anfechtung einer Zugänglichkeit des Gerichts nicht bedarf. In anderen Fällen der Anfechtung, wie denen des B.G.B. § 1339 Abs. 3, § 1954 Abs. 2, bei denen die Anfechtung im Wege der Klage oder einer dem Gericht gegenüber abzugebenden Erklärung erfolgt, ist der § 203 Abs. 1 für anwendbar erklärt, weil, wenn das Gericht unzugänglich, die Anfechtung unmöglich ist. Die Sorgfalt, mit der gerade hierauf Rücksicht genommen ist, tritt am deutlichsten in § 1599 B.G.B. hervor, wo in einer Vorschrift je nach der Verschiedenheit der Fälle die Anwendbarkeit des § 203 Abs. 1 für überflüssig und für erforderlich erklärt wird. Daß die gleiche Sorgfalt auch bei der Redaktion der Anfechtungsvorschrift in dem A.G. und der K.O. obgewaltet hat, wird daraus ersichtlich, daß die Anwendung des B.G.B. § 206, die A.G. § 12 vorschreibt, in der sonst gleich lautenden Vorschrift der K.O. § 41 fehlt, weil der Fall des § 206 im Konkurse nicht vorkommt. Vgl. Anm. 4. Es soll also auch für die Gläubigeranfechtung eine Zugänglichkeit des Gerichts unerheblich sein. Das ist nur dann der Fall, wenn die im Gesetz gestellte Frist auch durch eine formlose Erklärung der Anfechtung gewahrt werden kann. Ausdrücklich a. M. die oben citirten Entscheidungen des Reichsgerichtes.

7) **Der Anfechtungsanspruch** kann auch nach Ablauf der im § 12 bestimmten Fristen geltend gemacht werden, sobald rechtzeitig (Anm. 6) das Anfechtungsrecht ausgeübt worden ist. **Ueber eine Verjährung des Anspruchs** ist in diesem Gesetz nichts gesagt; der Anspruch unterliegt aber nach allgemeinen Grundsätzen (B.G.B. § 194) der Verjährung und in Ermangelung anderer Vorschriften der regelmäßigen Verjährung von 30 Jahren (B.G.B. § 195). Die Frist beginnt gemäß B.G.B. § 200 mit dem Zeitpunkte zu laufen, in dem die Anfechtung zulässig ist, nicht erst mit der Geltendmachung der Anfechtung, a. M. Meyer Anm. I zu K.O. § 41. Da zu den Voraussetzungen der Anfechtung auch die Vermögensunzulänglichkeit des Schuldners im Sinne des § 2 gehört,

Digitized by Google

muß auch diese von dem Anfechtungsgegner bewiesen werden, um den Anfang der Verjährungsfrist zu bestimmen. Die hierin liegende Schwierigkeit führt jedoch nur dahin, daß die Verjährung allenfalls erst von der Anfechtung läuft. Denn zunächst muß der Gläubiger, um seine Anfechtung zu rechtfertigen, denselben Beweis für die Zeit dieser Anfechtung führen.

§ 13.

Wird über das Vermögen des Schuldners das Konkursverfahren eröffnet, so steht die Verfolgung der von Konkursgläubigern erhobenen Anfechtungsansprüche dem Konkursverwalter zu. Aus dem Erstrittenen sind dem Gläubiger die Prozeßkosten vorweg zu erstatten.

Ist das Verfahren über den Anfechtungsanspruch noch rechtshängig, so wird dasselbe unterbrochen. Im Fall einer Verzögerung der Aufnahme kommen die Bestimmungen der Civilprozeßordnung § 239 zur entsprechenden Anwendung. Der Konkursverwalter kann den Anspruch nach den Vorschriften der Konkursordnung §§ 37—39, 41 in Gemäßheit der §§ 268, 529 der Civilprozeßordnung erweitern. Lehnt der Verwalter die Aufnahme des Rechtsstreits ab, so kann derselbe rücksichtlich der Prozeßkosten von jeder Partei aufgenommen werden. Durch die Ablehnung der Aufnahme wird die Befugniß des Verwalters, nach den Vorschriften der Konkursordnung das Anfechtungsrecht auszuüben, nicht ausgeschlossen.

Soweit der Gläubiger aus dem Zurückzugewährenden eine Sicherung oder Befriedigung erlangt hatte, finden auf die Anfechtung derselben die Vorschriften des § 30 Nr. 1 der Konkursordnung entsprechende Anwendung.

Nach der Beendigung des Konkursverfahrens können Anfechtungsrechte, deren Ausübung dem Konkursverwalter zustand, von den einzelnen Gläubigern nach Maßgabe dieses Gesetzes verfolgt werden, soweit nicht dem Anspruch entgegenstehende Einreden gegen den Verwalter erlangt sind. War die Anfechtung nicht schon zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens erfolgt, so wird die im § 3 Nr. 2 bis 4 bestimmte Frist von diesem Zeitpunkt berechnet, sofern die Anfechtung bis zum Ablauf eines Jahres seit der Beendigung des Konkursverfahrens erfolgt.

Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner rücksichtlich seines nicht zur Konkursmasse gehörigen Vermögens vorgenommen hat, können von den Konkursgläubigern auch während des Konkursverfahrens nach Maßgabe dieses Gesetzes angefochten werden.

1. Anwendungsgrenze des § 13.
2. Einfluß des Konkurses auf die Anfechtung des Einzelgläubigers
3. Befugnisse des Konkursverwalters.
4. Befugnisse der Einzelgläubiger. I. Während des Konkurses.
5. (Abs. 2 Satz 4.) Aufnahme der Einzelprozesse wegen der Kosten.
6. (Abs. 3.) Sicherung und Befriedigung des Einzelgläubigers.
7. (Abs. 5.). Befriedigung aus nicht zur K.Masse gehörigen Gegenständen.
8. (Abs. 4.) II. Nach der Konkursbeendigung. Prozessuale Befugnisse.
9. Einreden gegen den K Verwalter.
10. Berechnung der Fristen.

1) **Anwendungsgrenzen des § 13.** Der § 13 regelt den Einfluß des über das Vermögen des Schuldners auszusprechenden Konkurses auf die vorher von den einzelnen Gläubigern vorgenommenen Anfechtungen. Er handelt aber lediglich von „Konkursgläubigern", damit sind die Gläubiger gemeint, die bei Eröffnung des Konkurses über das Vermögen ihres Schuldners gemäß K.O. § 3 begrifflich zu den Konkursgläubigern

Digitized by Google

gehören, auch wenn sie ihre Forderungen im K.Verfahren nicht zur Anmeldung bringen. Andere Gläubiger werden durch die Bestimmungen des § 13 nicht berührt, namentlich also nicht Absonderungsberechtigte und solche Personen, die nach der K.Eröffnung Gläubiger des G.Schuldners werden. Doch werden auch diese letzten durch den schwebenden Konkurs insoweit betroffen, als alle nach K.O. § 1 und 2 zur K.Masse gehörigen Gegenstände der alleinigen Befriedigung der Konkursgläubiger dienen und diesen gegenüber keinerlei Rechte an Gegenständen der K.Masse mit Wirksamkeit erworben werden können, K.O. § 15. Daraus ergiebt sich, daß eine Anfechtung wegen der Veräußerung von Gegenständen, die ohne diese anfechtbare Entziehung zur K.Masse gehören würden, auch dem Gläubiger, der nicht K.Gläubiger ist, versagt sein muß.

2) **Einfluß des Konkurses auf die Anfechtung des Einzelgläubigers.** Bei der Verfolgung der Anfechtungsansprüche, die nur auf Grund eines bestimmten Titels gegen den Schuldner eintreten kann, handelt es sich jedesmal um Befriedigung einer gegen den Schuldner gerichteten Forderung, RG. 39, 12. Diese kann, sobald der Konkurs über das Vermögen des Schuldners ausgebracht ist, nur noch nach Maßgabe der Vorschriften über das Konkursverfahren erfolgen (K.O. § 12). Danach darf der Gläubiger weder in die K.Masse noch in das sonstige Vermögen des G.Schuldners selbst Vollstreckung betreiben (K.O. § 14), sondern er muß die Befriedigung durch die vom Verwalter vorgenommene Vertheilung aus den vom Verwalter herbeigeschafften Mitteln abwarten. Dementsprechend wird das Anfechtungsrecht — auch aus demselben Grund wie außerhalb des Konkurses nach § 3 dieses Gesetzes — im Konkurse allein vom Verwalter ausgeübt (K.O. § 36). Es dient im Konkurse demselben Zwecke wie außerhalb: Mittel zur Befriedigung des Gläubigers herbeizuschaffen; gleichzeitig aber wird der Zweck durch die Ansprüche aller anderen K.Gläubiger, aus denselben Mitteln anteilige Befriedigung zu erhalten, beeinflußt. Aus diesem Grunde sind den Betheiligten folgende Rechte gegeben:

a) dem Konkursverwalter: er braucht eine während des Konkurses (unter Umständen sogar vor dem Konkurse) erfolgte Befriedigung des Einzelgläubigers durch den Anfechtungsgegner nicht gegen sich gelten zu lassen. Dagegen kann er sich für die Befriedigung aller Gläubiger der schon geltend gemachten, durch die Anfechtung erlangten Rechte der einzelnen Gläubiger bedienen, oder aber unabhängig von ihnen anfechten;

b) dem Einzelgläubiger: er kann seine Anfechtung, soweit der K.Verwalter sich ihrer nicht bedient hat, nach der Beendigung des Konkurses fortsetzen und Anfechtungsrechte, die ihm bei der K.Eröffnung und dem Verwalter nach der K.Eröffnung zustanden, die aber weder von ihm noch vom Verwalter geltend gemacht sind, nach Beendigung des Konkurses geltend machen.

Im Einzelnen ist zu bemerken:

3) **Der Konkursverwalter kann** nach seinem, natürlich pflichtmäßigen, Ermessen die von dem G.Schuldner mit dem Anfechtungsgegner vorgenommene Rechtshandlung anfechten oder unangefochten lassen. Wählt er die Anfechtung, so kann er zunächst die schon von dem Einzelgläubiger ausgesprochene Anfechtung oder den erhobenen Anfechtungsanspruch völlig unberücksichtigt lassen und auf Grund der ihm in der K.O. gegebenen Befugnisse vorgehen. Welchen Einfluß dies für den K.Verwalter keiner besonderen Vorschrift unterliegende Verfahren auf die Einzelanfechtung hat, siehe in Anm. 4. Der Verwalter kann aber auch nach der Vorschrift des § 13 Abs. 1 auf die Einzelanfechtungen zurückgreifen.

Dabei kann er die Anfechtung des K.Gläubigers finden

a) vor Erhebung der Klage,

b) während des Schwebens des Anfechtungsprozesses,

c) mit einem nach Beendigung des Anfechtungsprozesses rechtskräftigen gegen den Anfechtungsgegner ergangenen Urtheil.

Ueber den Gebrauch seiner Befugnisse in diesen drei Stadien vergleiche die Anm. 6—11 zu K.O. § 36.

Digitized by Google

4) **Die Befugnisse des Einzelanfechtungsgläubigers** sind verschieden während des Konkurses und nach dem Konkurse.

I. **Während des Konkurses** ruht jeder Anspruch des K.Gläubigers, der auf eine andere als die konkursmäßige Befriedigung seiner Forderung aus einem zur K.Masse gehörigen Gegenstande geht. War bei der K.Eröffnung erst die Anfechtung erklärt, so kann einer nachher erhobenen Klage von dem Anfechtungsgegner entgegengehalten werden, daß die Rückgewähr des durch die anfechtbare Rechtshandlung Entzogenen nicht mehr zur Befriedigung eines einzelnen Gläubigers erfolgen dürfe. War dagegen bei K.Eröffnung das Urtheil gegen den Anfechtungsgegner bereits rechtskräftig, so kann dieser gegen eine durch den Einzelgläubiger vorgenommenen Vollstreckung aus dem Urtheile mit derselben Begründung gemäß C.P.O. § 767 Klage erheben. Thut er das nicht und läßt er gegen sich vollstrecken, so ist er dadurch gegen die Anfechtungsansprüche des Verwalters nicht befreit, muß vielmehr nach Durchführung der K.Anfechtung noch einmal das dem Vermögen des G.Schuldner Entzogene der K.Masse zurückgewähren (K.O. § 37). — Schwebt bei K.Eröffnung der Anfechtungsprozeß noch, so wird er nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 13 Abs. 2 Satz 1 unterbrochen. Diese Vorschrift ist eine Erweiterung der C.P.O. § 240 insoweit, als nicht der in Konkurs verfallende Schuldner, sondern ein Dritter Prozeßpartei ist. Ein solcher Prozeß kann nach der Unterbrechung entweder vom Verwalter wegen der Hauptsache (vgl. Anm. 3) oder von den Parteien wegen der Kosten (vgl. Anm. 5) aufgenommen werden. Doch hat der Gläubiger, wenn der Prozeß vom Verwalter aufgenommen und gewonnen ist, und wenn der Verwalter das vom Gl. erstrittene Urtheil für sich benutzt hat, Anspruch auf Erstattung der von ihm bisher aufgewandten Prozeßkosten aus dem, was von dem Gegner wirklich erlangt ist. Abs. 1 S. 2.

5) (Abs. 2 Satz 4). **Der Prozeß kann von den Parteien wegen der Kosten aufgenommen werden.** Nimmt der Verwalter jedoch den Prozeß nicht auf, so kann weder der Gl. noch der Anfechtungsgegner zunächst auch nur die Erledigung des Prozesses wegen der Kosten herbeiführen, solange für den Verwalter die Möglichkeit besteht, den Prozeß selbst weiterzuführen. Sie ist ausgeschlossen, sobald der Verwalter einen selbständigen Anfechtungsprozeß erhebt. Thut er das nicht, so muß erst seine Erklärung darüber herbeigeführt werden, ob er die Aufnahme des Prozesses ablehnt. Dies geschieht nach den Vorschriften der C.P.O. § 239, indem der Anfechtungsgegner den Verwalter zur Aufnahme des Rechtsstreits ladet. Hat nun der Verwalter die Aufnahme abgelehnt, so kann sowohl der Gläubiger wie der Anfechtungsgegner den Rechtsstreit wegen der Prozeßkosten aufnehmen. Die Entscheidung erfolgt nach der Rechtslage, wie sie zwischen den bisherigen Parteien bestand. Führt der Verwalter einen selbständigen Anfechtungsprozeß, so wird es oft zweckmäßig sein, die Entscheidung wegen der Kostenfrage in dem alten Prozeß bis zur Entscheidung des neuen Prozesses auszusetzen; oft, aber nicht immer, weil infolge des Ablaufes von Fristen die Rechtslage für den Verwalter eine andere sein kann als für den Gläubiger. — Die Befugniß, den Verwalter zur Aufnahme des Rechtsstreits zu laden, steht nur dem Anfechtungsgegner, nicht aber dem Gläubiger zu, der wohl dem Verwalter als Nebenintervenient im Anfechtungsprozesse beitreten kann (§ 4 zur K.O. § 36), aber erst dann, wenn der Verwalter selbst aufgenommen hat. Solange deshalb der Verwalter nicht einen selbständigen Anfechtungsprozeß führt, oder vom Gegner eine Erklärung des Verwalters über die Aufnahme nicht erzwungen ist, vermag der Gläubiger eine Kostenentscheidung in dem von ihm bisher geführten Anfechtungsprozesse nicht herbeizuführen. Der Prozeß bleibt, wenn auch unterbrochen, weiter anhängig. — Andererseits kann der Gläubiger, wenn er auch an dem Ruhen des Prozesses bis zur K.Beendigung ein Interesse hat (Anm. 8), den Erlaß einer Kostenentscheidung und damit die Erledigung des Prozesses nicht hindern.

6) (Abs. 3). **Hat der Einzelgläubiger vor der K.Eröffnung** auf Grund seiner Anfechtung mit oder ohne Prozeß oder Zwangsvollstreckungsmaßregeln eine **Sicherung oder Befriedigung** erlangt, so kommt ihm die so gewonnene Rechtsstellung im Konkurse

Digitized by Google

zu gute. Er ist aber nach § 13 Abs. 3 selbst der Anfechtung des K.Verwalters aus dem § 30 Nr. 1 K.O. ausgesetzt. Näheres hierzu vgl. Anm. 23 zu § 30 K.O.

7) (Abs. 5) **Eine Befriedigung aus nicht zur K.Masse** gehörigen Gegenständen ist den K.Gläubigern durch K.O. § 14 im Allgemeinen untersagt. Von dieser Regel ist in § 13 Abs. 5 eine Ausnahme gemacht, in dem die Anfechtung von Rechtshandlungen, die der G.Schuldner wegen seines nicht zur K.Masse gehörigen Vermögens vorgenommen hat, auch während des K.Verfahrens für zulässig erklärt ist. Solcherweise veräußerte Gegenstände haben nach der Wirkung der Anfechtung als noch zum Vermögen des G.Schuldners gehörig zu gelten. Trotzdem ist die Vorschrift des Abs. 5 aus Zweckmäßigkeitsgründen gegeben, weil der G.Schuldner, der den in K.O. § 14 ihm aus Billigkeitsgründen gewährten Schutz zur Verschleppung seines Vermögens mißbraucht, ihn nicht mehr verdient. Vgl. Motive S. 32.

8) (Abs. 4). II. **Nach der Konkursbeendigung** können die einzelnen Gläubiger ihre (nicht also die nur dem K.Verwalter und im Konkurse zustehenden auf § 30 K.O. gegründeten) Anfechtungsrechte wieder ausüben; sie können Anfechtungsansprüche erheben, auch wenn sie vor der K.Eröffnung noch nicht anhängig waren, **RG. 30**, 72 ff., 77, und können die von ihnen früher erhobenen weiter verfolgen. „Die Unterbrechung der anhängig gewesenen Prozesse hört mit der Beendigung des K.Verfahrens von selbst auf: sie können von dem Gläubiger und dem Gegner mittelst einfachen Schriftsatzes, C.P.O. § 250 aufgenommen werden. Ihre Verfolgung, sowie die Verfolgung nicht anhängig gewesener Anfechtungsansprüche richtet sich nach den Vorschriften dieses Gesetzes; durch dasselbe bestimmt sich insbesondere der Umfang des Anfechtungsrechts (§§ 1, 2) und die Pflicht der Rückgewähr (§§ 7, 8); dem Gläubiger, welcher vor wie nach eines vollstreckbaren Schuldtitels bedarf, kommt indeß die vom G.Schuldner nicht bestrittene Feststellung seiner Forderung im K.Verfahren (K.O. §§ 164, 194, 206) zu statten." Mot. Der Gläubiger hat deshalb unter Umständen ein Interesse daran, seinen vor K.Eröffnung erhobenen Prozeß nicht durch die Kostenentscheidung beendet zu sehen. — Dagegen können in die vom Verwalter angestellten, etwa noch anhängigen Anfechtungsprozesse einzelne Gläubiger nicht eintreten. Der Verwalter trat darin als Vertreter des G.Schuldners für dessen K.Masse im Interesse aller K.Gläubiger auf. Das Gesetz hat eine Rechtsnachfolge einzelner Gläubiger in solche Prozesse nicht zugelassen. Formell ist der G.Schuldner derjenige, der sie an Stelle des Verwalters weiter zu führen hat, während sie in der Hauptsache gegenstandslos werden, weil dem G.Schuldner gegenüber eine Unwirksamkeit nicht eingetreten ist. Anm. 11 § 29.

9) **Einreden gegen den K.Verwalter.** Der Konkurs übt auf das Anfechtungsrecht des einelnen Gläubigers eine materielle Wirkung dahin, daß dieser negativ ein Anfechtungsrecht nicht verfolgen kann, „soweit dem *Anspruche* entgegenstehende Einreden gegen den Verwalter erlangt sind. „In der Verfolgung von Anfechtungsrechten, deren Ausübung während der Dauer des Verfahrens nach § 36 K.O. oder § 13 Abs. 1 dieses Ges. dem Verwalter allein gebührte, stehen die gegen den Verwalter begründeten Einwendungen, *welche den Anspruch selbst betreffen* — Vergleich, Verzicht, Urtheil, Verjährung, Ablauf der Frist nach K.O. § 41 u. s. w., a. M. wegen § 41 Petersen-Kleinfeller Anm. 17 —, auch dem Gläubiger entgegen und eben deshalb freilich steht ihm die bloße Ablehnung der Aufnahme eines Rechtsstreites seitens des Verwalters nicht entgegen." Mot. Hat demnach der Verwalter den von einem Gläubiger vor der K.Eröffnung erhobenen Prozeß aufgenommen und ist er darin rechtskräftig abgewiesen, so muß dies auch der frühere Kläger gegen sich gelten lassen und kann einen solchen Prozeß nicht nochmals für sich aufnehmen wollen. Schwebt ein solcher Prozeß noch zur Zeit der K.Beendigung, so kann der frühere Gläubiger auch nur mit seinen Rechten und unter entsprechender Beschränkung des Klageantrags, nicht mit den Rechten des Verwalters, in ihn eintreten. Seine Berechtigung zum Wiedereintritt in einen solchen Prozeß nebst dieser Beschränkung auf seine Rechte folgt von selbst daraus, daß die Legitimation des Verwalters, den Anspruch an Stelle des Gläubigers zu verfolgen (Abs. 1 Satz 1) und dabei zugleich seine größeren Verwalterbefugnisse geltend zu machen (Abs. 2 Satz 3), dem K.Zwecke entsprechend nur für

Digitized by Google

die K.Dauer bestand und bei der K.Beendigung die nur durch den Konkurs zeitweise aufgehobenen Befugnisse der ursprünglichen Partei mit dem Wegfall des Hindernisses wieder aufleben.

10) Ueber den ferneren Einfluß des Konkurses auf die Fristen des § 3 vgl. Anm. 2 zu § 3 am Schlusse.

§ 14.

Dieses Gesetz tritt im ganzen Umfange des Reichs gleichzeitig mit der Konkursordnung in Kraft.

Dasselbe findet auch auf die vor diesem Zeitpunkte vorgenommenen Rechtshandlungen Anwendung, sofern sie nicht nach den Vorschriften der bisherigen Gesetze der Anfechtung entzogen oder in geringerem Umfange unterworfen sind.

Ist der Anfechtungsanspruch zur Zeit des Inkrafttretens dieses Gesetzes rechtshängig, so bleiben für die Entscheidung des Rechtsstreits die Vorschriften der bisherigen Gesetze maßgebend.

Nach Art. VIII E.G. zur K.O.N. finden die durch dieses vorgenommenen Aenderungen des Anf.Ges. auf die vor dem 1. Januar 1900 vorgenommenen Rechtshandlungen keine Anwendung. Der § 14 ist deshalb in der Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 20. Mai 1898 weggelassen, hat aber für diese Rechtshandlungen seine Bedeutung behalten. Praktisch kann er in Verbindung mit der ursprünglichen Fassung des A.G. noch immer für die allerdings wohl recht seltenen Rechtshandlungen werden, die vor dem 1. Oktober 1879 begangen, auf Grund eines für eine fällige Forderung erlangten Schuldtitels angefochten werden sollen, seit dessen Erlangung noch nicht 10 Jahre verflossen sind. Die Bestimmungen des § 14 Abs. 2 brachten für das Verhältnis der Anwendbarkeit der jetzigen Gesetzgebung zur früheren bei der Anfechtung außerhalb des K.Verfahrens dieselben Grundsätze zur Anwendung, die im § 9 E.G. z. K.O. für die K.Anfechtung zur Geltung gebracht sind. Es gilt dies demgemäß auch darüber, daß es Sache des Anfechtungsbeklagten ist, seinen früheren unanfechtbaren oder weniger anfechtbaren Erwerb — als Ausnahme von der Regel — nachzuweisen, der gleiche Grundsatz wie für § 9 E.G. Vgl. Anm. 3 und 4 zu § 9 E.G. — Sofern nach Abs. 2 das Anf.Ges. auch auf die vor dem 1. Oktober 1879 vorgenommenen Rechtshandlungen Anwendung findet, sind damit auch die gesetzlichen Vermuthungen beseitigt, die nach den früheren Gesetzen wegen der Beweislast und Beweisführung zu Ungunsten des Veräußerers oder Erwerbers bestanden. **RG. 4, 33.**

Die in Abs. 3 bestimmte Ausnahme vom Abs. 1 ist gänzlich unpraktisch geworden. Es ist nicht anzunehmen, daß in Deutschland noch Prozesse anhängig sind, die vor dem 1. Januar 1879 angefangen haben.

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Kaiserlichen Insiegel.

Gegeben Schloß Mainau, den 21. Juli 1879.

(L. S.) **Wilhelm.**

Fürst v. Bismarck.

Digitized by Google

II.

Preußisches Ausführungsgesetz

vom 6. März 1879

zur

Deutschen Konkursordnung

vom 10. Februar 1877.

Wir **Wilhelm**, von Gottes Gnaden König von Preußen ꝛc. verordnen unter Zustimmung der beiden Häuser des Landtages der Monarchie, was folgt:

Manche Vorschriften des Gesetzes hatten selbst in Preußen nur eine beschränkte lokale Bedeutung, andere nur eine zeitliche, bald vorübergehende. Die Bedeutung ist nach der Einführung des B.G.B. mit seinen Nebengesetzen fast völlig verloren gegangen. Wo sie noch besteht, ist sie bei der Erörterung der konkursrechtlichen durch sie betroffenen Vorschriften erläutert. Auf diese Erläuterungen ist verwiesen.

Der erste Abschnitt des Gesetzes betrifft in den §§ 1—11 das materielle Recht, den Erwerb von Rechten nach dem 1. Okt. 1879 und den Umfang von Rechten für ein nachher eröffnetes K.Verfahren oder Gläubiger-Befriedigungsverfahren; und in den §§ 12—16 das Verfahren in solchen späteren Konkursen. Der zweite Abschnitt, Uebergangsbestimmungen, enthält in den §§ 17—36 Vorschriften zur Erhaltung und Sicherung von Rechten, welche schon vor dem 1. Okt. 1879 erworben oder entstanden sind, und in den §§ 37—50 Vorschriften für das Verfahren in den vor dem 1. Okt. 1879 eröffneten Konkursen. Der dritte Abschnitt, §§ 51—53, normirt den Einfluß auf nicht vermögensrechtliche Rechte. Die Schlußbestimmungen §§ 54—57 dienen zur Ergänzung der beiden ersten Abschnitte.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Bestimmungen.

Erster Titel.

Bürgerliches Recht.

§ 1.

Im Bezirk des Appellationsgerichts zu Frankfurt a. M. beträgt die Frist für die nach § 17 Nr. 1 der Deutschen Konkursordnung zulässige Kündigung, falls eine kürzere Frist nicht bedungen war, bei Pachtverträgen sechs Monate vor Ablauf des Wirthschaftsjahres, bei Miethverträgen über unbewegliche Sachen drei Monate, bei Miethverträgen über bewegliche Sachen eine Woche.

Vgl. Anm. 5 zu § 17 K.O.

Digitized by Google

§ 2.

Im Bezirk des Appellationsgerichts zu Frankfurt a. M., im ehemals Landgräflich Hessischen Amtsbezirk Homburg und im Kreise Herzogthum Lauenburg kommen die nachstehenden Vorschriften zur Anwendung.

Gesetzliche Pfandrechte gewähren in Beziehung auf Grundstücke nur einen Anspruch auf Eintragung einer Hypothek mit bestimmter Summe.

Ergreift das Pfandrecht das gesammte Vermögen, so braucht der Eigenthümer die Eintragung nur auf einzelne, die Schuld genügend sichernde Grundstücke zu bewilligen. Kommt eine Einigung über den Betrag oder über das Spezialpfand nicht zu Stande, so erfolgt die Festsetzung durch den Prozeßrichter. Inzwischen ist eine Vormerkung auf den höchsten, vom Pfandgläubiger geforderten Betrag und Pfandbereich einzutragen. Durch die Vormerkung wird für die endgültige Eintragung die Stelle in der Reihenfolge der Eintragungen gesichert.

§ 3.

Im ehemals Landgräflich Hessischen Amtsbezirk Homburg und im Kreise Herzogthum Lauenburg ist die Bestellung einer Hypothek am ganzen Vermögen sowie die Bestellung einer Hypothek an einer beweglichen Sache, einschließlich der Forderungen, fortan unzulässig.

§ 4.

Insoweit außerhalb des Geltungsbereichs der Konkursordnung vom 8. Mai 1855 in den Geltungsbereichen des Allgemeinen Landrechts oder des gemeinen Rechts der Ehefrau auf Grund eines gesetzlichen Titels zum Pfandrecht oder eines gesetzlichen Pfandrechts ein Anspruch auf Eintragung einer Hypothek auf die Grundstücke des Ehemannes zusteht, wird der Anspruch dahin beschränkt, daß die Ehefrau nur die Befugniß hat, die Eintragung wegen des gesetzlich in die Verwaltung des Ehemannes gekommenen oder als Heirathsgut eingebrachten Vermögens innerhalb eines Jahres nach dem Beginn der Verwaltung oder der Einbringung zu verlangen.

Erwirbt der Ehemann nach dem Beginn der Verwaltung oder der Einbringung ein Grundstück, so kann die Eintragung noch innerhalb eines Jahres, vom Erwerb des Grundstücks an gerechnet, verlangt werden.

§ 5.

Im Geltungsbereich des gemeinen Rechts steht bei Verpfändung von aufgespeicherten oder niedergelegten Waaren, Fabrikaten, Boden- oder Bergwerkserzeugnissen sowie auf dem Transport befindlichen Gütern die Uebergabe des auf den Gläubiger übertragenen Konnossements, Ladescheins, Lagerscheins oder ähnlichen Papiers der Uebergabe der Sache gleich, sofern der Gläubiger mittels des Papiers in der Lage ist, über den Gegenstand der Verpfändung zu verfügen.

§ 6.

Das im § 41 Nr. 1 der Deutschen Konkursordnung bestimmte Absonderungsrecht wegen öffentlicher Abgaben geht den übrigen im § 41 der Deutschen Konkursordnung bestimmten Absonderungsrechten vor.

Digitized by Google

§ 7.

Die Vorschriften des § 41 der Deutschen Konkursordnung und des § 6 dieses Gesetzes finden außerhalb des Konkursverfahrens auf das Verhältniß der durch diese Vorschriften den Faustpfandgläubigern gleichgestellten Gläubiger zu anderen Gläubigern des Schuldners entsprechende Anwendung.

Für Forderungen, für welche durch die Vorschriften der Deutschen Konkursordnung ein Anspruch auf gesonderte Befriedigung aus einzelnen Gegenständen des beweglichen Vermögens nicht zugelassen ist, besteht auch außerhalb des Konkursverfahrens kein Absonderungsrecht oder Vorzugsrecht an solchen Gegenständen.

§ 8.

Die Vorschriften des § 54 der Deutschen Konkursordnung finden auf die Fälle, in welchen außerhalb des Konkursverfahrens eine Befriedigung persönlicher Gläubiger nach dem Range ihrer Forderungen stattzufinden hat, entsprechende Anwendung.

Für Forderungen, welchen durch § 54 der Deutschen Konkursordnung ein Vorrecht nicht gewährt wird, besteht auch außerhalb des Konkursverfahrens kein Vorrecht an dem gesammten Vermögen oder an dem gesammten beweglichen Vermögen des Schuldners.

§ 9.

Geldstrafen und Forderungen aus einer Freigebigkeit des Schuldners unter Lebenden oder von Todeswegen stehen in den in § 8 Abs. 1 bezeichneten Fällen allen übrigen Forderungen nach.

§ 10.

Gesetzliche Vorzugsrechte, welche nach den bisherigen Vorschriften das gesammte Vermögen des Schuldners umfaßten, bestehen an Gegenständen, welche in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gehören, nur insoweit, als die Forderungen, für welche sie gewährt sind, auf den Gegenstand der Zwangsvollstreckung sich beziehen.

§ 11.

Die Vorschriften der Artikel VIII, IX, XI des Gesetzes v. 8. Mai 1855, betreffend die Einführung der Preußischen Konkursordnung in den Landestheilen, in welchen das Allgemeine Landrecht und die Allgemeine Gerichtsordnung Gesetzeskraft haben (Anlage), finden Anwendung in den Gebietstheilen der Provinz Hannover, in welchen das Allgemeine Landrecht gilt.

Zweiter Titel.

Verfahren.

Vgl. Anm. zu §§ 112, 113, 126 K.O.

§ 12.

Eine Abschrift des Beschlusses, durch welchen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, ist der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht von dem Gerichtsschreiber unter Bezeichnung des Konkursverwalters mitzutheilen.

Digitized by Google

§ 13.

Die Eröffnung des Konkursverfahrens ist in das Handelsregister einzutragen.

Die Eintragung erfolgt auf Grund der der Registerbehörde gemäß § 104 der Deutschen Konkursordnung mitzutheilenden Abschrift der Formel des Eröffnungsbeschlusses von Amtswegen.

Die öffentliche Bekanntmachung der Eintragung unterbleibt.

§ 14.

Wenn zur Konkursmasse ein im Bezirk des Appellationsgerichts zu Wiesbaden oder des Amtsgerichts zu Vöhl belegenes Grundstück gehört, so ist die Eröffnung, die Wiederaufnahme, die Aufhebung oder die Einstellung des Konkursverfahrens dem Feld- oder Ortsgericht mitzutheilen, in dessen Bezirk das Grundstück belegen ist. Eine gleiche Mittheilung ist, wenn das Grundstück nicht im Bezirk des Konkursgerichts liegt, dem Amtsgericht zu machen, in dessen Bezirk es belegen ist.

Inwiefern im Bezirk des Justizsenats zu Ehrenbreitstein die Eröffnung oder Aufhebung des Konkursverfahrens den Schöffengerichten mitzutheilen ist, bestimmt sich nach den bestehenden Vorschriften. Die Vorschriften finden auf die Wiederaufnahme und auf die Einstellung des Verfahrens entsprechende Anwendung.

Die Mittheilungen (Abs. 1, 2) sind von dem Gerichtsschreiber nach Maßgabe des § 104 der Deutschen Konkursordnung zu bewirken.

§ 15.

Inwiefern die Eröffnung oder Aufhebung des Konkursverfahrens in das Grund- oder Hypothekenbuch einzutragen und wie eine solche Eintragung zu bewirken ist, bestimmt sich nach den bestehenden Vorschriften. Die Vorschriften finden auf die Wiederaufnahme und auf die Einstellung des Verfahrens entsprechende Anwendung.

Die Eintragung erfolgt, sofern sie nicht auf Ersuchen des Konkursgerichts geschieht, auf Vorlegung einer unter Bezeichnung des Konkursverwalters durch den Gerichtsschreiber beglaubigten Abschrift der Formel des Beschlusses des Konkursgerichts.

§ 16.

Erfolgt die Veräußerung einer zur Konkursmasse gehörigen unbeweglichen Sache durch notarielle Versteigerung, so finden im Bezirk des Appellationsgerichtshofes zu Köln die Vorschriften des Gesetzes vom 18. April 1855 (Gesetz-Samml. S. 521) über die Versteigerung durch einen Notar mit der Maßgabe Anwendung, daß die der Rathskammer oder dem Präsidenten des Landgerichts zugewiesene Thätigkeit von dem Konkursgericht auszuüben ist. Das Konkursgericht bestimmt nach freiem Ermessen, in welcher Art die Versteigerung bekannt zu machen ist.

Digitized by Google

Zweiter Abschnitt.
Uebergangsbestimmungen.
Erster Titel.
Bürgerliches Recht.

§ 17.

Hat außerhalb des Geltungsbereichs der Konkursordnung vom 8. Mai 1855 in den Geltungsbereichen des Allgemeinen Landrechts oder des gemeinen Rechts die Ehefrau auf Grund eines gesetzlichen Titels zum Pfandrechte oder eines gesetzlichen Pfandrechts den Anspruch auf Eintragung einer Hypothek auf die Grundstücke des Ehemannes vor dem Tage des Inkrafttretens dieses Gesetzes erworben, so kann die Eintragung noch innerhalb eines Jahres, von diesem Tage an gerechnet, und wegen aller Forderungen verlangt werden, deren Eintragung nach den bisherigen Vorschriften verlangt werden konnte.

Im Bezirk des Appellationsgerichts zu Frankfurt a. M., in dem ehemals Landgräflich Hessischen Amtsbezirk Homburg und im Kreise Herzogthum Lauenburg findet die vorstehende Bestimmung auf das von der Ehefrau vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes erworbene gesetzliche Pfandrecht entsprechende Anwendung.

§ 18.

Insoweit ein Pfand- oder Vorzugsrecht, welches vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes auf Grund eines Vertrages, einer letztwilligen Anordnung oder einer richterlichen Verfügung erworben ist,

1. zufolge der Bestimmungen der Deutschen Konkursordnung und des Einführungsgesetzes zu derselben,
2. gegenüber einem Pfandrecht, welches durch eine nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes bewirkte Pfändung begründet wird, zufolge des § 709 (804) Abs. 2 der Deutschen Civilprozeßordnung oder des § 14 Abs. 1 des Ausführungsgesetzes zur Deutschen Civilprozeßordnung

seine Wirksamkeit verliert, wird für die Forderung des Berechtigten ein Vorrecht gewährt.

Ist das Pfand- oder Vorzugsrecht auf einzelne bewegliche Gegenstände des Schuldners beschränkt, so wird das Vorrecht nur in Höhe des Erlöses derselben gewährt.

Vgl. Anm. 4 zu § 12 E.G. z. K.O.

§ 19.

Die Bestimmungen des § 18 finden auf ein gesetzliches Pfand- oder Vorzugsrecht der Ehefrau des Schuldners für Forderungen, welche vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes entstanden sind, entsprechende Anwendung.

Vgl. Anm. 7 zu § 12 E.G. z. K.O. und Anm. 3—5 zu § 13 E.G.

§ 20.

Die Rangordnung der in Gemäßheit der Vorschriften der §§ 18, 19 bevorrechtigten Forderungen im Verhältniß zu einander und zu den übrigen betheiligten Forderungen bestimmt sich nach den bisherigen Vorschriften.

Vgl. Anm. 7 zu § 12 E.G.

Digitized by Google

§ 21.

Das Vorrecht (§§ 18, 19) wird nicht gewährt:

1. für ein zwei Jahre nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes eröffnetes Konkursverfahren oder gegen eine zwei Jahre nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes bewirkte Pfändung, wenn es nicht dadurch erhalten wird, daß es bis zum Ablauf der zwei Jahre zur Eintragung in das Vorrechtsregister vorschriftsmäßig angemeldet ist;
2. für ein zwanzig Jahre nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes eröffnetes Konkursverfahren oder gegen eine zwanzig Jahre nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes bewirkte Pfändung.

Vgl. Anm. 7 zu § 12 E.G.

§ 22.

Insoweit ein nach den bisherigen Gesetzen bestandenes Pfand- oder Vorzugsrecht der Kinder oder der Pflegebefohlenen des Gemeinschuldners zufolge der Bestimmungen der Deutschen Konkursordnung und des Einführungsgesetzes zu derselben seine Wirksamkeit verliert, wird den Kindern und Pflegebefohlenen für Forderungen, welche vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes entstanden sind, ein Vorrecht für das Konkursverfahren gewährt.

Das Vorrecht wird für ein zwei Jahre nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes eröffnetes Konkursverfahren nicht gewährt.

Die Vorschriften des § 18 Abs. 2 und des § 20 finden entsprechende Anwendung.

Vgl. Anm. 6 zu § 13 E.G.

§ 23.

Die Vorschriften der §§ 18 bis 22 finden auf die Fälle entsprechende Anwendung, in welchen außerhalb des Konkursverfahrens eine Befriedigung persönlicher Gläubiger nach dem Range ihrer Forderungen stattzufinden hat.

Vgl. Anm. 7 zu § 12 E.G.

§ 24.

Die Vorschriften des § 18 über die Gewährung eines Vorrechts finden keine Anwendung auf Rechte, welche ein Gläubiger vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes durch Beschlagnahme, Pfändung oder Ueberweisung erlangt hat.

Im § 24 ist § 18 hinsichtlich der Pfand- und Vorrechte aus richterlicher Verfügung eingeschränkt. Die Rechte, die ein Gläubiger vor dem 1. Oktober 1879 durch Beschlagnahme, Pfändung oder Ueberweisung erlangt hat, sind in den meisten Landestheilen und namentlich im Gebiete des A.L.R. und der A.G.O. nicht Pfandrechte und sollen ferner weder in diesen Gebieten, noch auch da, wo sie wirklich ein Pfandrecht begründen, das im § 18 bestimmte Vorrecht für das K.Verfahren oder gegenüber dem Pfändungspfandrechte des § 804 C.P.O. haben. Wirkung und Umfang solcher Rechte für das K.Verfahren, sowie außerhalb dieses Verfahrens sind durch die bisherigen Vorschriften, bez. § 32 d. preuß. Uebergangs-Ges. z. C.P.O. v. 31. März 1879 bestimmt.

Zweiter Titel.

Vorrechtsregister.

Die §§ 25—36 regelten das formelle Verfahren für die Registeranmeldung, die nach § 21 Nr. 1 Voraussetzung der daselbst bezeichneten ferneren Erhaltung von Rechten war. Sie bildeten daher eine Ergänzung der §§ 18—24. Das Register-Amtsgericht hatte

Digitized by Google

die materielle Begründung des beanspruchten Rechts nicht zu prüfen und konnte deshalb die Eintragung einer Anmeldung nicht ablehnen. Ueber die materielle Begründung ist von dem zuständigen Prozeßgerichte zu entscheiden, wenn dies im Streitfalle nöthig wird.

§ 25.

Die Vorrechtsregister sind zur Eintragung der nach Vorschrift des § 21 Nr. 1 der Anmeldung bedürfenden Vorrechte bestimmt.

§ 26.

Für die Führung der Vorrechtsregister sind die Amtsgerichte zuständig.

Der Justizminister kann die Führung des Registers für die Bezirke mehrerer Amtsgerichte einem derselben übertragen.

§ 27.

Das Vorrechtsregister ist öffentlich. Die Einsicht desselben ist während der gewöhnlichen Dienststunden einem Jeden gestattet.

§ 28.

In dem Register sind außer den Eintragungen nur Löschungen zu vermerken.

§ 29.

Die Eintragungen und Löschungen erfolgen auf Anordnung des Amtsgerichts.

Die Vermerke, durch welche die Eintragungen und Löschungen bewirkt werden, sind von dem Gerichtsschreiber zu unterschreiben.

§ 30.

Die Anmeldung zur Eintragung erfolgt bei dem Amtsgericht, bei welchem der Schuldner am Tage des Inkrafttretens dieses Gesetzes seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

Ist der Schuldner vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes verstorben, so kann, so lange die Voraussetzungen des § 28 Abs. 2 der Deutschen Civilprozeßordnung vorhanden sind, die Anmeldung bei dem Amtsgericht erfolgen, bei welchem der Schuldner zur Zeit seines Todes den allgemeinen Gerichtsstand gehabt hat.

Im Fall des § 26 Abs. 1 kann die Anmeldung bei dem in den vorstehenden Bestimmungen bezeichneten oder bei dem mit der Führung des Registers beauftragten Amtsgericht erfolgen. Die Anmeldung ist, wenn sie nicht bei dem mit der Führung des Registers beauftragten Amtsgericht erfolgt, diesem Gericht zu übersenden.

§ 31.

Die Anmeldung hat zu enthalten:

1. die Bezeichnung des Gläubigers und des Schuldners nach Namen, Stand oder Gewerbe und Wohnort;
2. die Angabe des Gegenstandes und des Grundes der Forderung;
3. die Angabe des für die Forderung beanspruchten Vorrechts sowie des Grundes des Anspruchs;
4. Im Fall einer Beschränkung des Vorrechts auf einzelne bewegliche Gegenstände des Schuldners die Bezeichnung der Gegenstände.

Digitized by Google

§ 32.

Die Anmeldung kann bei dem Gericht schriftlich eingereicht oder zum Protokoll des Gerichtsschreibers angebracht werden. Wird sie schriftlich eingereicht, so muß das Schriftstück gerichtlich oder notariell beglaubigt sein. Bei der Beglaubigung bedarf es weder der Zuziehung von Zeugen noch der Aufnahme eines Protokolls. Anmeldungen öffentlicher Behörden bedürfen keiner Beglaubigung. Der Anmeldung ist eine Abschrift der in derselben in Bezug genommenen urkundlichen Beweisstücke beizufügen.

Mit der Anmeldung soll eine für den Schuldner bestimmte Abschrift der Beweisstücke und, wenn die Anmeldung schriftlich angebracht wird, eine Abschrift derselben eingereicht werden.

§ 33.

Genügt die Anmeldung den Erfordernissen der §§ 31, 32 Abs. 1, so ist die Eintragung anzuordnen.

Gegen den Beschluß, durch welchen die Eintragung abgelehnt wird, findet die Beschwerde nach Maßgabe der §§ 532 bis 538 der Deutschen Civilprozeßordnung statt.

§ 34.

Eine Abschrift des eingetragenen Vermerks ist dem Gläubiger und dem Schuldner mitzutheilen. Der Mittheilung an den Schuldner ist eine Abschrift der Anmeldung und der urkundlichen Beweisstücke beizufügen. Dieselbe kann unmittelbar und ohne besondere Form geschehen.

§ 35.

Der Schuldner kann auf Grund der Einwilligung des Gläubigers oder eines rechtskräftigen Urtheils die Löschung der Eintragung verlangen.

§ 36.

Für die den Amtsgerichten nach den Vorschriften dieses Titels obliegenden Geschäfte werden nur die baaren Auslagen erhoben.

Der Notar erhält für die Beglaubigung im Falle des § 32 Abs. 1 bei einem Betrage der Forderung bis einschließlich 1500 Mark eine Gebühr von 1 Mark 50 Pf., bei einem Betrage der Forderung über 1500 Mark eine Gebühr von 3 Mark. Die Beglaubigung ist stempelfrei.

Dritter Titel.

Verfahren.

Die §§ 37—50 betreffen Konkurssachen, in welchen das Verfahren vor dem 1. Okt. 1879 eröffnet ist; sie enthalten die im § 8 Abs. 2 E.G. vorbehaltenen Uebergangsbestimmungen. Vgl. Anm. zu § 8 E.G. Es ist nicht anzunehmen, daß noch Konkurse schweben, die vor dem 1. Oktober 1879 eröffnet sind.

§ 37.

Die Konkurssachen, in welchen das Verfahren vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes eröffnet worden ist, gehen auf die Amtsgerichte über. Dieselben sind, soweit nicht aus den Bestimmungen dieses Titels und aus der

Digitized by Google

Verfassung der Amtsgerichte sich Abweichungen ergeben, nach den bisherigen Vorschriften zu erledigen.

Als zu dem Konkursverfahren gehörig sind im Sinne der vorstehenden Bestimmungen auch die Rechtsstreitigkeiten anzusehen, deren Verhandlung und Entscheidung in erster Instanz nach den bisherigen Vorschriften vor das Konkursgericht oder im Bezirke des Appellationsgerichts zu Celle vor das dem Konkursgericht vorgesetzte Obergericht gehört. Durch diese Bestimmungen werden die Vorschriften der §§ 43 bis 47 nicht berührt.

§ 38.

Die Zuständigkeit der Amtsgerichte in den auf sie übergehenden Konkurssachen umfaßt alle durch die bisherigen Vorschriften dem Konkursgericht zugewiesenen Geschäfte, soweit nicht in den §§ 43 bis 46 etwas Anderes bestimmt ist.

§ 39.

Im Geltungsbereich der Konkursordnung vom 8. Mai 1855 und im Bezirk des Appellationsgerichtshofes zu Köln haben die Amtsgerichte zugleich die nach den bisherigen Vorschriften dem Konkurs- oder Fallimentskommissar zugewiesenen Geschäfte wahrzunehmen.

§ 40.

Wird der Bezirk des bisherigen Konkursgerichts mehreren Amtsgerichten zugetheilt, so ist das Verfahren von dem Amtsgericht zu erledigen, zu dessen Bezirk der Sitz des bisherigen Konkursgerichts gehört.

Für die Erledigung kann ein anderes der mehreren Amtsgerichte bestimmt werden. Die Bestimmung erfolgt durch das Oberlandesgericht, oder, wenn die Amtsgericht den Bezirken verschiedener Oberlandesgerichte angehören, durch den Justizminister.

Vor der Entscheidung ist der Verwalter (Kurator, Agent, Syndik) und, sofern der Gemeinschuldner ohne Aufschub zu erlangen ist, auch dieser zu hören.

§ 41.

Die Vorschriften der §§ 3, 9, 10, 12 bis 14, 17, 19 bis 23, 44 bis 46 des Gesetzes, betreffend die Uebergangsbestimmungen zur Deutschen Civilprozeßordnung und Deutschen Strafprozeßordnung finden auf das Verfahren entsprechende Anwendung.

§ 42.

Auf Zustellungen und Behändigungen, welche in Gemäßheit der bisherigen Vorschriften nach den für Zustellungen und Behändigungen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten geltenden Bestimmungen zu bewirken sind, finden die Bestimmungen des § 2 des Gesetzes, betreffend die Uebergangsbestimmungen zur Deutschen Civilprozeßordnung und Deutschen Strafprozeßordnung entsprechende Anwendung.

Ist in Fällen, in welchen nach den bisherigen Vorschriften die Zustellung durch Aufgabe zur Post genügt, in gemäßheit dieser Vorschriften Bescheinigung

Digitized by Google

der Aufgabe zur Post erforderlich, so erfolgt die Zustellung nach Maßgabe der Bestimmungen der Deutschen Civilprozeßordnung über die Zustellung durch Aufgabe zur Post. Einer Beglaubigung des zu übergebenden Schriftstücks bedarf es nicht, sofern dieselbe nach den bisherigen Vorschriften nicht erforderlich ist.

§ 43.

Die Vorschriften des § 8 des Gesetzes, betreffend die Uebergangsbestimmungen zur Deutschen Civilprozeßordnung und Deutschen Strafprozeßordnung, soweit sie auf Kollegialgerichte sich beziehen, finden auf Rechtsstreitigkeiten welche vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes bei dem Konkursgericht anhängig geworden sind, entsprechende Anwendung:

1. im Geltungsbereich der Konkursordnung vom 8. Mai 1855, sofern die Rechtsstreitigkeit die Richtigkeit oder das Vorrecht einer Konkursforderung oder die Vernichtung des Akkordes zum Gegenstand hat;
2. im Bezirk des Appellationsgerichts zu Greifswald, sofern über die Rechtsstreitigkeit im Spezialprozeß abgesondert zu verhandeln und zu entscheiden ist;
3. im Bezirk des Appellationsgerichtshofes zu Köln, sofern die Rechtsstreitigkeit zum Gegenstand hat:
   a) die Richtigkeit oder das Vorzugsrecht einer Konkursforderung;
   b) einen Revindikationsanspruch;
   c) die Anfechtung eines Rechtsgeschäfts des Gemeinschuldners oder eine Rückforderung zur Masse;
   d) den Anspruch des Dritten gegen die Masse;
   e) die Rechnung eines Konkursverwalters.

§ 44.

Auf die im § 43 bezeichneten Rechtsstreitigkeiten, sofern sie vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes noch nicht anhängig geworden sind, finden die Vorschriften des Deutschen Gerichtsverfassungsgesetzes und der Deutschen Civilprozeßordnung, sowie des § 134 Abs. 2 und des § 136 der Deutschen Konkursordnung entsprechende Anwendung. Der Rechtsstreit ist durch besonders zu erhebende Klage anhängig zu machen.

§ 45.

Im Bezirk des Appellationsgerichts zu Greifswald tritt für den Erlaß des Rangurtheils die Civilkammer des Landgerichts an Stelle des Kreisgerichts.

§ 46.

In einem bei dem Stadtgericht zu Frankfurt a. M. eröffneten Konkursverfahren tritt die Civilkammer des Landgerichts an Stelle des Stadtgerichts;

1. für die Verhandlung und Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten über Liquidate, wenn der Liquidationstermin vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes abgehalten ist, und der Werth des Streitgegenstandes die Summe von dreihundert Mark übersteigt;
2. für den Erlaß des Rangurtheils.

Digitized by Google

Der Werth des Streitgegenstandes ist im Fall der Nr. 1, unter entsprechender Anwendung des § 136 der Konkursordnung, festzusetzen.

Wird der Liquidationstermin nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes abgehalten, so finden die Rechtsstreitigkeiten über Liquidate die Vorschriften des Deutschen Gerichtsverfassungsgesetzes und der Deutschen Civilprozeßordnung, sowie des § 134 Abs. 2 und des § 136 der Deutschen Konkursordnung entsprechende Anwendung. Der Rechtsstreit ist durch Erhebung besonderer Klage anhängig zu machen.

§ 47.

Soweit im Bezirk des Appellationsgerichts zu Celle Rechtsstreitigkeiten welche

1. die Anfechtung des Prioritätsurtheils,
2. die Richtigkeit oder die Priorität der einzelnen angemeldeten Forderungen,
3. Erinnerungen gegen den Vertheilungsplan

zum Gegenstand haben, nach den bisherigen Vorschriften in erster Instanz vor das Obergericht gehören, tritt an Stelle des letzteren die Civilkammer des Landgerichts.

§ 48.

Die Vorschriften der §§ 37, 38, 41, 42 finden entsprechende Anwendung auf die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes anhängig gewordenen Sachen, welche ein die Eröffnung oder Abwendung des Konkurses betreffendes Verfahren zum Gegenstand haben.

Wird der Bezirk des bisher mit der Sache befaßt gewesenen Gerichts mehreren Amtsgerichten zugetheilt, so geht die Sache an dasjenige der mehreren Amtsgerichte über, bei welchem der Schuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, oder, wenn der Schuldner bei keinem dieser Amtsgerichte seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, an das Amtsgericht, zu dessen Bezirk der Sitz des bisher mit der Sache befaßt gewesenen Gerichts gehört.

§ 49.

Im Geltungsbereich der Konkursordnung vom 8. Mai 1885 und im Bezirk des Appellationsgerichts zu Celle kann das Konkursgericht in jedem seit mindestens dreißig Jahren vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes eröffneten Konkursverfahren die dem Aufenthalt nach nicht bekannten Gläubiger oder die nicht bekannten Rechtsnachfolger von Gläubigern zum Erscheinen in einem Termin oder zur Meldung innerhalb einer Frist öffentlich auffordern. Die Aufforderung kann auf einzelne Gläubiger oder auf eine einzelne Klasse von Gläubigern beschränkt werden.

Die öffentliche Bekanntmachung der Aufforderung erfolgt nach den Vorschriften des § 68 Abs. 1, 2 der Deutschen Konkursordnung und, unbeschadet dieser Vorschriften, durch einmalige Einrückung in den Reichsanzeiger.

Zwischen dem Tage, an welchem die öffentliche Bekanntmachung als bewirkt gilt, und dem Termin oder dem Ablauf der Frist soll ein Zeitraum von mindestens sechs Wochen liegen.

Digitized by Google

In der Aufforderung sind die Gläubiger, an welche oder an deren Rechtsnachfolger dieselbe erlassen wird, und, soweit es geschehen kann, die Beträge der einzelnen Forderungen zu bezeichnen.

Als Rechtsnachtheil ist anzudrohen, daß eine Berücksichtigung der Forderungen in dem ferneren Verfahren und bei der Beschlußfassung über die Aufhebung desselben nicht stattfinden werde, so lange der Berechtigte nicht nachträglich sich gemeldet habe.

Ein Ausschlußurtheil ist nicht zu erlassen.

§ 50.

Wenn im Fall des § 49 nach Versäumung des Termins oder der Frist ein Berechtigter vor Aufhebung des Verfahrens sich meldet, so kann er aus der zur Zeit der Meldung vorhandenen Masse, soweit diese reicht und nicht in Folge eines den berücksichtigten Gläubigern gegenüber ausführbar gewordenen Vertheilungsplans zu einer Vertheilung zu verwenden ist, den Betrag verlangen, welcher auf seine Forderung zu vertheilen gewesen sein würde, wenn in der Zwischenzeit eine Berücksichtigung derselben stattgefunden hätte.

Die Zulassung zur Theilnahme an einer Beschlußfassung der Gläubiger kann ein solcher Berechtigter verlangen, sofern zur Zeit der Meldung die Abstimmung noch nicht abgeschlossen ist.

Dritter Abschnitt.
Beschränkungen des Gemeinschuldners.

Vgl. Vorbem. vor § 202.

§ 51.

Die gesetzlichen Bestimmungen, nach welchen die Zahlungsunfähigkeit oder die Zahlungseinstellung eine Beschränkung des Gemeinschuldners in der Ausübung eines auf das Vermögen sich nicht beziehenden Rechts zur Folge hat, werden dahin abgeändert, daß die Beschränkung nur im Fall der Eröffnung des Konkursverfahrens eintritt.

§ 52.

Die Beschränkungen, welche nach gesetzlichen Bestimmungen das Konkursverfahren oder das bisherige Fallimentsverfahren für den Gemeinschuldner in der Ausübung eines auf das Vermögen sich nicht beziehenden Rechts zur Folge hat, fallen mit der Beendigung des Verfahrens weg.

§ 53.

Die Vorschriften der §§ 51, 52 finden auf die Fälle, in welchem die Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung oder die Eröffnung des Konkurs- oder Fallimentsverfahrens vor dem Tage des Inkrafttretens dieses Gesetzes stattgefunden hat, mit der Maßgabe Anwendung, daß, wenn das Konkurs- oder Fallimentsverfahren vor dem Tage des Inkrafttretens dieses Gesetzes entweder nicht eröffnet oder beendigt ist, die Beschränkungen mit diesem Tage wegfallen.

Digitized by Google

Vierter Abschnitt.
Schlußbestimmungen.

§ 54.

Die Vorschriften der Artikel 551 bis 553 des Rheinischen Handelsgesetzbuchs werden durch die Bestimmungen dieses Gesetzes nicht berührt.

§ 55.

Außer Kraft treten, unbeschadet der Bestimmungen der §§ 15, 54:

1. die Vorschriften der Abschnitte 1—5 und 8—11 des ersten Titels sowie die Vorschriften des zweiten und dritten Titels der Konkursordnung vom 8. Mai 1855;
2. die noch geltenden Vorschriften des dritten Buchs des Rheinischen Handelsgesetzbuchs;
3. die im Bezirk des Appellationsgerichts zu Celle noch geltenden Vorschriften des fünfzigsten Titels und des § 12 des einundfünfzigsten Titels des ersten Theils der Allgemeinen Gerichtsordnung.

§ 56.

Wo in einem Gesetz auf die durch Einführung der Deutschen Konkursordnung oder durch dieses Gesetz aufgehobenen Vorschriften hingewiesen wird, treten die Vorschriften der Deutschen Konkursordnung, des Gesetzes, betreffend die Einführung derselben, und dieses Gesetzes an deren Stelle.

§ 57.

Dieses Gesetz tritt gleichzeitig mit dem Deutschen Gerichtsverfassungsgesetz in Kraft.

In anhängigen Sachen können schon vor diesem Zeitpunkt Ladungen vor diejenigen Landgerichte erfolgen, welche an die Stelle der aufgehobenen Gerichte treten.

Die nach § 40 Abs. 2, 3 zulässige Bestimmung kann vor dem Inkrafttreten des Gesetzes getroffen werden. Die Bestimmung erfolgt durch das Appellationsgericht oder den Justizminister.

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Königlichen Insiegel.

Gegeben Berlin, den 6. März 1879.

(L. S.) **Wilhelm.**

Gr. zu Stolberg. Leonhardt. Falk. v. Kameke.
Friedenthal. v. Bülow. Hofmann.
Gr. zu Eulenburg. Maybach. Hobrecht.

Digitized by Google

Quellen-Verzeichnis.

Die in den Spalten links stehende Zahlenreihe bezeichnet die Paragraphen bezw. Artikel der Gesetze, die rechtsstehende die Seiten-Zahlen.

I. Bürgerliches Gesetzbuch.

12 555
21 . . . . . 552. 553
22 552
26 554
42 . . . 119. 331. 552
45 . . . . . 190. 553
46 . . . . . 190. 553
48 331
52 496
54 553
75 . . . . . 347. 553
80 ff. 552
86 . . . 119. 331. 552
89 . . . 270. 331. 552
90 231
93 222
99 104
101 106
102 234
115 . . . . . 345. 349
117 . . . . . 131. 199
119 ff. 130. 313
119—124 664
121 . . . . . 99. 131
123 505
123 ff. 130
124 . . . 131. 506. 696
130 ff. . . 105. 138. 240
134 660
135 . . 61. 65. 79. 80; . . . 338. 339. 348
136 . . . 79. 338. 348
139 479
142 123
143 138
145 473
149 190
151 . . . . . 132. 404
154 98
157 246
158 . 33. 84. 123. 281
158 ff. 279
159. 160 33
161 . . . . 33. 84. 96
162 33
163 279
164 133
164—166 64
166 . 63. 68. 147. 451
169 114
170—173 114
174 199
177 . . . . . 133. 152
178 133
180 152
181 257
182—185 64
185 68
185 ff. 105
186 195
186 ff. . . 101. 102. 169
187 . . . 153. 162. 195; 301. 346. 530. 577
188 162. 195. 530. 532. 577
192 195
193 169
194 . 195. 273. 695. 696
195 . . . . . 195. 696
200 696
202 88
202 ff. 384
203 194. 195. 658. 694. 696
206 . . . . 658. 694. 696
207 . . . 194. 195. 560; . . . 658. 694. 696
208 273
208 ff. 539
209 . 88. 275. 384. 387; . . 451. 596. 640
211. 212 539
214 . . . . . 88. 89
232 224
233 . . . 224. 228. 304
234 496
241 ff. 356
241—292 181
244 153
246 280
249 307
250 78
252 . . . . . 125. 307
254 307
255 . . . . . 307. 486
260 563
268 259. 267. 363. 365. 486
272 . . . . . 182. 246
273 234. 581. 583. 661. 687
276 . . . . . 125. 307
278 . . . 61. 305. 573
279. 280 125
281 486
283 78
287 184
291. 292 184
320 186
320—327 95
322 186
322 ff. 247
326 . . 78. 98. 124. 504
326 ff. 101
328 685
328 ff. 34. 167
330 34
331 167
339 96
339 ff. 274
341 96
346 . . . . . 121. 486
346 ff. 107
349 107
360 504
361 . . . . . 101. 504
362 . . . . . 96. 260
363 689
365 689
366 227
367 223
369 228
372 . . . . 263. 395. 464
372 ff. 229
375 ff. 464
377 86
378. 379 230
387 . . . . 239. 241. 347
388. 389 240
390 244
393 . . . . 243. 661. 687
394 243
396 244
398 485
399 35
399—404 586
401 . . . . . 256. 267
406—410 586
407 . . . . . 389. 395
408 395
412 . . 35. 216. 267. 586

Digitized by Google

413 36
418 220
419 608
421 194
421 ff. 235. 284
423 . . . . 483. 498. 596
425 . . . . . 192. 539
426 { . . . 237. 259. 267
426 { . . . 282. 285. 286
429 483
433 . . . . . 95. 96
433 ff. 689
434 260
439 689
440 98
445 123
450 234
455 96
459 260
462 98
464 689
501. 502 234
512 363
514 35
515 . . . . . 95. 604
516 95
517 69
518 604
523 689
525 ff. 167
525—527 39
528 37
530. 531 37
535 104
547 234
548 261
549 103
559 . . . . . 225. 231
559—563 230
560. 561 232
562 228
565 . . . . 103. 105. 109
568 132
571 . . . . 103. 109. 231
573 110
580 . . . . 105. 109. 230
581 { 103. 104. 105. 132
581 { . . . 225. 228. 232
584 233
585 . . . . 104. 225. 233
586 261
587 ff. 261
587—589 . . . 233. 261
590 . . . . . 228. 233
591 261
592 106
594 261
595 . . . . 103. 105. 109
598 95
601 234
603 35
607 95
610 . . . . . 120. 121
611 95
611 ff. 111
612 132
615 268
621—625 112
625 132
626 114
627 318
628 268
631 95
631 ff. 111
632 132
634 78
647 233
649 114
652 234
653 132
657 95
662 . . . . . 95. 113
662—687 562
663 303
664 35
667 . . . . . 486. 562
668 . . . . . 95. 562
669 . . . . . 114. 585
670 . . 114. 126. 583. 585
671 114
672 . . 113. 114. 126. 127
674 { . . . 113. 114. 126
674 { . . . 127. 128. 251
675 { . . . 113. 114. 126
675 { 303. 486
677 ff. 150
681 562
683 { . . . 256. 257. 259
683 { 583. 585
684 . . . . . 256. 257
689 132
701 233
704 . . . . . 228. 233
705 . . . . . 127. 233
705 ff. 237. 553
708 328
710 555
712 . . . . . 262. 555
713 237
717 35
718 553
722 237
724 132
727 127
728 { . . . 118. 127. 128
728 { 307. 557
729 . . . . . 127. 128
731—740 90
733, 735 91
736 . . . . 91. 127. 237
738 . . . . 93. 237. 546
739 554
741 ff. 237
751 89
752—757 90
756 555
759 40
759 ff. 167
760 . . . . . 40. 51
762 627
765 95
765 ff. 283
767 . . . . . 98. 498
770 243
771 503
773 . . . . . 121. 557
774 . . 267. 282. 283. 486
779 472
784 199
790 199
809 356
811 356
812 { . 65. 97. 216. 241
812 { . . . 263. 281. 693
816 { . . 65. 66. 86. 194
816 { 214. 369
817 480
818 { . . . 65. 184. 185
818 { . . . 187. 261. 486
819 . . . . . 65. 187
822 . . . . . 194. 583
823 . . . . . 366. 662
826 662
831 . . . . . 305. 307
833 . . . . . 259. 589
835. 836 589
839 . . . . . 308. 309
847 37
853 195
854 . . . . . 206. 354
855 207
861. 862 199
864. 695
867 199
868 . . . . . 207. 352
869 199
870 206
873 . . . . 123. 134. 304
873 ff. 83. 180
875 40
878 . . . 82. 84. 86. 116
880 234
883 { 79. 82. 83
883 { 115. 140
885 . . . . 82. 116. 140
888 115
889 220
892 { . 61. 63. 66. 82. 83
892 { 84. 85. 87. 116. 148
892 { . 169. 195. 196. 339
893 { . 61. 63. 66. 68. 82
893 { . 83. 87. 116. 195
893 { . . . . . 196. 339.
894 . . . . 183. 201. 349
898 674
899 . . . . . 183. 201
900 87
912—914 219
916, 917 219

Digitized by Google

925 96
927 87
929 123
931 . . . . . 202. 204
932 . . . 62. 232. 339
932 ff. 193
932—936 . . . 66. 86
936 . 62. 202. 232. 339
937 ff. 87
940. 941 39
946—950 . . . 86. 207
950 87
951 . . . . . 87. 207
954—957 85
974 87
985 197
986 124
988 85
990 184
994 ff. 234
1000 . . . 234. 661. 687
1003 234
1007 . . . 197. 199. 661
1010 238
1017 . 82. 218. 349. 363
1032 . . . . . 66. 339
1049 234
1052 371
1053 233
1057 234
1059 36
1065 . . . . . 197. 199
1073 40
1074 483
1075 42
1078 483
1086. 1087 202
1086—1089 426
1092 . . . . . 86 86
1093 36
1098 . . . . . 198. 363
1103 35
1111 36
1113 . . . 33. 219. 472
1115 472
1117 674
1118 77
1119 472
1120—1122 219
1122 364
1123 109
1123—1125 219
1124, 1125 109
1126 219
1127—1130 219
1133—1135 365
1137 . . . . . 85. 500
1138 . . . . . 85. 339
1143 267
1155 . . . . . 152. 339
1163 . . . . . 220. 221
1164, 1165, 1168 . . 221
1168—1177 220
1177 585
1183 221
1192 . 77. 219. 220. 221
1197 585
1200 220
1204 . . . . . 33. 222
1204—1256 223
1205 . . . . . 223. 304
1207 . . 66. 86. 224. 339
1208 { 66. 86. 226
. . . . . 232. 339
1209 . . . . . 226. 232
1210 { 77. 96. 98
. . . . . 222. 223
1211 500
1212 222
1213 233
1219 367
1219—1221 54
1222 222
1224 110
1225 267
1228 . . . . . 54. 367
1228 ff. 85
1230 54
1233 ff. 367
1233—1240 54
1235—1240 368
1236 369
1244 . . . . . 86. 339
1249 267
1250 . 223. 224. 231. 574
1252 498
1253 224
1256 585
1257 } . . 226. 227. 228
} 231. 367
1258 223
1259 117
1260 . . 82. 86. 123. 201
1265 219
1273 . . . 77. 222. 304
1273—1296 223
1274 . . . . . 222. 223
1282 . . . 54. 368. 483
1287. 1288. 1289 . . 222
1291 54
1292 223
1293 . 54. 223. 232. 367
1295 . . . . . 54. 367
1296 222
1300 37
1332 ff. 130
1339 . . . . . 131. 696
1350 . . . . . 130. 131
1351. 1360. 1361 { 47. 51
. 588
1362 34
1363 574
1363 ff. 212
1371 212
1376 243
1382 211
1383 . . . . . 43. 212
1391 . . . . . 167. 675
1406 . . . . . 69. 574
1408 43
1411. 1412 574
1412—1414 203
1415 661
1417 426
1418 . . . . . 167. 675
1419 . . . . 43. 45. 120
1425 661
1426 ff. 166
1426—1431 212
1431 641
1435 . . . . . 574. 641
1435 f. 212
1437 ff. 212
1439 . . . . . 47. 212
1440 47
1441 212
1442 . . . . . 482. 609
1443 . . . . . 47. 609
1444 608
1449 575
1453 . . . . . 69. 574
1459 . 47. 574. 575. 610
1460 574
1463 661
1463—1465 47
1471 . . . . . 47. 482
1474—1479 90
1474—1481 609
1475 . . . . . 47. 91
1482 . . . . . 69. 609
1483 . . . . . 69. 608
1484 . . . . 41. 69. 609
1487 . . . . . 47. 609
1488 . . . . . 575. 610
1489 . . . 575. 609. 610
1497 . . . . . 482. 609
1498 91
1498—1502 90
1508. 1509. 1511 . . 608
1513 39
1519 212
1521 . . . . . 574. 607
1525 574
1526. 1527 212
1542 135
1543 120
1546 . . . . 90. 91. 482
1549 { . . . 90. 91. 212
. . . 482. 574. 607
1549 ff. 212
1550. 1551 574
1556 . . . 574. 575. 607
1557 608
1559 607
1578—1583 . . . 47. 588
1582 51
1585 37
1586 . . . . . 47. 588
1589. 1590 162

Digitized by Google

1599 696
1601—1615 47
1608. 1609 588
1610 584
1611 588
1612 51
1615 . . . . . 51. 588
1620 276
1623 37
1624 276
1624 ff. 272
1638 272
1646 272
1647 . 44. 120. 273. 348
1649. 1656 45
1658 44
1666 . . . . . 272. 273
1667. 1668 348
1669 161
1670 . . . . . 273. 348
1676 273
1678 586
1679. 1681 273
1686 . . . 44. 120. 348
1687. 1699. 1701. 1702 272
1705 . . . . 162. 272
1708—1714 47
1708—1716 588
1712 51
1715. 1716 47
1719 . . . . . 161. 272
1723 272
1730 161
1757 . . . . . 162. 272
1763 162
1773 679
1773 ff. 272
1776. 1779. 1780 . . 272
1781 . . . 272. 348. 511
1797 . . . . . 571. 597
1812 482
1822 . . . . . 111. 482
1827 111
1833 573
1834 272
1835 585
1837 309
1844 . . . . . 304. 305
1852 ff. 272
1875 592
1882 273
1886 . . . . . 303. 348
1896 ff. 272
1897 273
1906 ff. 272
1908 273
1909 ff. 272
1915 571. 573. 585. 597
1918 ff. 273
1922 . . . 41. 68. 606
1932 . . . . . 589. 590
1942 . 41. 68. 556. 562
1943 . . . 556. 562. 568
1943 . . . . . 577. 590
1944 563
1953 . . . . 41. 69. 606
1954 . . . . . 556. 696
1958 568
1959 . . . 563. 568. 585
1960 . . . 559. 564. 568
1960 . . . 570 585. 597
1961 . . . 568. 570. 678
1962 571
1967 236. 556. 563. 567
1967 574. 579. 588. 589
1967 676
1967—2017 190
1968 . . . 557. 583. 589
1969 . . . . . 588. 589
1971 . . . . . 557. 576
1972 576
1973 561. 576. 580. 592
1973 594. 595. 597. 598
1973 . . 608. 678. 679
1974 561. 569. 576. 587
1974 592. 593. 594. 595
1974 . . 608. 678. 679
1975 558. 560. 564. 569
1975 . . . . 571. 597
1976 560. 561. 565. 582
1976 . . . . 583. 585
1977 . . . . . 243. 560
1978 560. 562. 565. 567
1978 569. 579. 581. 583
1978 586. 589. 594. 599
1978 . . . . 610. 679
1978—1980 561. 562. 564
1978—1980 593. 594. 595
1979 562. 565. 579. 580
1979 581. 583. 586. 599
1979 679
1980 331. 562. 567. 573
1980 576. 607. 676. 677
1981 236. 370. 562. 563
1981 . . 567. 569. 598
1982 . . . 370. 569. 606
1984 677
1985 571. 573. 585. 677
1985 679
1988 . . . 559. 569. 606
1989 . . . 576. 597. 598
1990 561. 564. 578. 579
1990 591. 599. 606. 676
1990 679
1991 565. 579. 590. 599
1991 . . 606. 676. 679
1992 561. 579. 590. 676
1992 679
1993 ff. 569
1994 . 564. 575. 610. 678
1998 . . . . . 59. 597
2000 . . . 59. 560. 564
2005 . . . 564. 575. 678
2006 . . . 557. 575. 586
2008 575
2013 557. 558. 560. 562
2013 564. 567. 576. 580
2013 583. 586. 595. 606
2014. 2015 609
2019 563
2020 199
2022 234
2028 563
2032 . . . . . 482. 607
2033 607
2039 . . . . . 482. 668
2040 . . . . . 243. 482
2044 89
2046 . . . 91. 569. 607
2046—2057 90
2058 . . . 559. 563. 607
2058—2063 190
2059 559
2060 . 559. 569. 587. 607
2061 569. 570. 597. 607
2061 608
2062 569
2078 130
2082 131
2100 . . . 369. 556. 563
2111 563
2113. 2114 371
2115 84. 199. 369. 371
2115 425
2116—2119 371
2120 370
2123 371
2124 599
2125 . . . . . 234. 599
2127—2131 371
2133. 2134. 2136 . . 371
2137 . . . . . 369. 371
2139 . . . 41. 598. 606
2140. 2142. 2144. 2145 599
2146 600
2150 590
2176 . . . . . 69. 135
2176—2180 41
2180 69
2185 234
2192—2196 39
2194 . . . . . 577. 590
2203 590
2205 . . . 559. 571. 679
2206 597
2208 590
2213 . . . . . 571. 678
2215 . . . . . 573. 585
2217 571
2218 585
2219 573
2223 590
2224. 2226. 2227 . . 571
2288 594
2306 . . . . . 556. 590
2307 . . . . . 587. 590
2308 556
2317 37

Digitized by Google

2318 590
2329 594
2338 . . . . . 39. 370
2366 . . . . . 86. 395
2367 395
2368 86
2371 . . . . . 600. 604
2371 ff. 190
2374 602
2376 . . . 600. 601. 604
2377 603
2378 2379 . . 600. 601
2382 . . . . . 600. 609
2383 . . . 602. 603. 609
2384 601
2385 604

II. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

31 56
32 . . . . . 148. 660
42 53
55 117
59 . . . . 220. 238. 452
60 238
63 . . . . . 82. 218
65 218
67 . . . . . 82. 218
68 218
69 . . . . . 82. 218
75 119
81 35
89 227
95 112
96 167
112 219
170 . . . . . 117. 658
170 ff. 656
171 112
172 110
181 123
184 . . 36. 220. 652. 654
191—195 220
196 . . . . . 82. 218
200 . . . . . 43. 168
203 . . . . . 44. 120
213 566
218 . . . . 43. 656. 657

III. Handelsgesetzbuch.

1 . . . . 58. 100. 623
1—4 622
4 . . . . . 623. 624
5 623
15 . . . . . 65. 546
17 32
25 190
27 . . . . . 586. 678
38. 39 630
39 ff. 630
40 . . . . . 360. 630
44 . . . . . 625. 629
47 358
50 381
53 65
54 377
66—69 112
70 . . . . . 119. 268
76—82 111
77 119
79 ff. 222
92 114
110 545
120 546
122 . . . . . 545. 546
124 . . . . 519. 544. 545
126 . . . . . 136. 381
128 . . . . 544. 546. 586
129 545
131 . . . . 90. 118. 236
135 547
138 . . . . . 90. 237
139 . . . . . 586. 678
140 546
141 . . . . . 237. 546
142 90
143 546
144 . . . . 497. 544. 548
145 547
145 ff. 91
145—155 90
149 . . . . . 59. 91. 268
150 521
155 547
156 . . . . . 268. 546
158 90
161 91. 118. 544. 546. 557
167. 169 546
171 . . . . . 403. 544
172 403
174 544
178 546
181 557
217 520
221 243
221. 233 521
235 381
240 { 331. 520. 523. 526 / . . . 543. 546. 547
241 . . . . . 331. 520
260. 261. 265 . . . 522
274 233
275 322
292 . 119. 322. 520. 557
294. 295. 298 . . . 521
301 496
307 . . . . . 497. 521
315 . 331. 520. 525. 637
320 { 243. 331. 496. 497 / 543. 544. 546. 557
325 . . . . . 547. 637
329 546
330 118
336 193
340 90
341 . . . . . 90. 238
342 . . . . . 90. 130
346 153
348 274
352 280
356 223
366. 367 224
368 . . . . . 54. 367
369—372 154
369—371 234
369 . . . . . 206. 222
371 367
376 . . . . 99. 101. 102
392 . . . . . 200. 216
397 . . . . 206. 226. 233
398 233
400 . . . . 96. 114. 201
400 ff. 200
405 205
410 . . . . 206. 226. 233
411 233
421 . . . . . 226. 233
433 . . . . . 204. 207
440. 443 226
440—443 233
450 204
474 . . . . . 123. 204
478 219
505 119
623. 627 233
647 204
725. 731. 751 . . . 233
755 219
756. 758 233
771 226
771 ff. 233
776 226
777 . . . . . 226. 233
898 119

IV. Zivilprozeßordnung.

2—9 420
3 . . . . . 140. 356
10 420
12—19 288
13 614
13—16 595

Digitized by Google

13—17 614
16 56
17 . . . . 292. 329. 519
20—34 288
21 . . . . 141. 615. 640
23 . . . . 611. 612. 613
29 . . . . . 141. 202
32 . . . . . 143. 160
33 . . . . . 243. 408
35 . . . . . 288. 292
36 . . . . . 293. 508
37 293
40 . . . . . 292. 408
50—56 294
50 553
51 . . . 25. 28. 59. 71. 331 / . . . 378. 381. 482
52 . 25. 28. 71. 315. 325
53. 54 482
55 . . . . . 56. 612
56 72. 378. 381. 388. 488
57 554
59 176
60 . . . . . 176. 533
61 . . . . . 194. 533
62 . 194. 298. 326. 341
66 . 72. 175. 298. 326 / . . . 335. 535. 693
66 ff. 533
67 . . . . 298. 326. 535
68 532
69 70. 386. 535. 538. 693
71 335
72 689
73 681
74 532
75 . . . . . 230. 395
78 296. 331. 382. 378. 388
79 . . . . 315. 325. 331 / 332. 388. 391. 482
80 325
81 . . . . 325. 388. 482
83 . . . . 325. 381. 482
84 381
88 . . . . . 335. 388
89 . . 72. 325. 388. 488
91 . . . . 138. 235. 544
91 ff. 274. 419
93 . . . . . 76. 77
95 396
99 298
102 294
108 . . . . 284. 304. 496
110. 111 56
114 ff. 331
124 274
128 . . . . . 293. 296
130 388
132—135 296
136 . . . . 291. 296. 466
138 . . . . . 296. 335
139 291
139—144 296
145 . . . . . 240. 243
145—148 296
147 418
148 . . . . . 178. 693
150 . . . . . 296. 418
157. 158 296
159—165 296
160 . . . . 295. 478. 484
162. 163 . . . . 296. 478
165 291
166 681
166 ff. 361
169 681
170 . . . . . 302. 681
170 ff. 294
174 388
175 . . . . . 302. 388
181. 183 336
192 302
204 300
205 320
206 300
208 ff. 297
214 ff. 294. 361
216. 218 321
221 334
221 ff. 368
222 . . 169. 298. 430 / 515. 530
222 ff. 532
223 430
223—225 684
224 . . . 298. 430. 431 / . . . 440. 515. 530
227. 228 . . . . 321. 393
230 . 294. 296. 368. 428 / 432. 440. 448. 684
230 ff. 294. 400
231 . 294. 334. 368. 378. 428 / 432. 440. 448. 684
232 . . . . 59. 456. 506
233 . . 384. 400. 431. 457
233 ff. 532
233—236 456
238—238 298
234. 235. 236 . . . 457
239 . . . 69. 72. 73. 411 / . . . 415. 697. 699
240 . 69. 78. 81. 177. 378 / 398. 399. 410. 411 / 412. 416. 451. 496 / 603. 699
241 496
246. 247 444
249 . . . . . 69. 563
250 72. 410. 411. 431. 700
251 586
253 377. 387. 420. 471. 690
253—591 408
256 . . . 65. 77. 79. 139 / 140. 180. 214. 342 / 385. 405. 406. 414 / . . . 463. 506. 690
257—259 78
259 398
263 . . . . 73. 377. 412
264 . . . . 139. 202. 407
265 . . . . . 74. 669
266 74
267 . . . . . 139. 412
268 . . . . 137. 177. 387 / 394. 411. 532. 697
269 139
271 . . . . 73. 88. 138 / . . . 337. 395. 412
273 581
274 . 248. 335. 408. 420
278 670
280 . . . . . 405. 690
281 . . . . . 139. 377
286 . . . 68. 102. 157 / 211. 262. 295. 329 / 333. 335. 513. 671
287 . . . . . 149. 312
288 . . . . . 333. 397
292 . . . . . 34. 66
294 . . . . . 335. 336
297 296
298 . . . . . 297. 397
299 . 294. 360. 401. 454
301 243
302 . . . . . 240. 243
306 173
307 . . 76. 173. 336. 391
308 . . . . . 76. 137
310 296
311 487
312 296
313 . . . . . 342. 487
317 296
319 . . . . . 400. 416
320 416
321 . . . . . 76. 692
322 . . . . 248. 295. 692
323 . . . . . 53. 337
325 603
326 599
327 571
328 414
329 296
330. 331 173
330 ff. . . 294. 296. 391
335 488
338 ff. 294
343 414
357 294
373 . . . . . 175. 214
374 294
375 ff. 300
380 297
383 25
391 300
393 175
394 297
402 294
404 ff. 300

Digitized by Google

407 308
409 297
410 . . . . . 300. 359
415 359
418 . . . . . 348. 359
428 684
445 25. 150. 157. 175. 214
445 ff. 84
446 157
448 175
450 214
458 294
460 414
462 692
463 72
464 692
471 71
473 30. 71. 157. 175. 378
475 214
477 378
495 . . . . . 332. 420
496 . 388. 440. 470. 516
501 . . . . 294. 470. 516
502 294
503 296
505 420
506 . . . . . 177. 533
509 . . . . . 296. 397
512 73
515 399
516 487
518 ff. 415
527 139
529 . . . . . 177. 697
536 177
540 . . . . . 414. 692
546 420
548 73
550 22
567 297
567 ff. 298
567—570 298
567—577 294
568 . . . . . 344 493
570 . 306. 492. 516. 693
571—577 298
572 299. 310. 328. 340. 517
575 345
576 . . . . . 389. 487
577 295. 297. 298. 299. 398
578 ff. 297. 403
582 . . . . . 506. 532
584 404
592 . . . . . 408. 412
596 411
597. 598 313
599 . . . . . 414. 692
632 380
655 71
688 408
693 412
694 . . . . . 173. 443
696. 697 412

699 . . . . . 173. 415
700 . . . . 173. 415. 692
704 . . . . 76. 173. 667
705 . . . . 295. 299. 350
707 . . . . . 229. 304
708 ff. 667
709 651
710—713 692
713 229
717 . . . . . 71. 156
719 . . . . . 229. 304
720 230
722 . . . . 612. 613. 667
723 . . . . . 612. 613
724 . . . . . 352. 415
724 ff. 454
724—793 . . . 452. 454
724—793 . . . 502. 558
725 415
726 . . . . . 454. 692
727 . . . . . 178. 669
730 178
730 ff 692
731 . . . . . 455. 531
732 . 414. 415. 455. 670
733 454
734 390
735 554
739 . . . . . 574. 575
740 575
740 f. 47
743 575
747 559
748 . . . . . 559. 571
750 . . . . . 531. 668
751 . . . . . 504. 668
753 . . . . . 199. 230
754 199
757 238
766 . . . . 43. 52. 201
766 . . . 228. 531. 534
767 . 25. 43. 175. 248
767 . 401. 402. 415. 430
767 . 454. 455. 457. 462
767 . 501. 502. 511. 531
767 . 670. 679. 693. 699
767 ff. 139
768 . . . . 455. 531. 670
769 . . . . 43. 139. 304
769 . 455. 462. 531. 533
769 ff. 229
770 . . . . 25. 139. 455
770 . . . . . 531. 533
771 . 139. 141. 157. 175
771 . 202. 203. 228. 304
771 . . 363. 371. 685
773 . . 49. 84. 147. 370
774 147
776 . . . . . 44. 689
777 . . . . 229. 278. 279
778 69
779 371
779 ff. 669

780 558. 571. 586. 678. 679
780—785 190
781 . 407. 558. 571. 679
784 . . . . . 557. 677
784 ff. 401
788 274
794 . 173. 342. 352. 413
794 . 415. 449. 455. 667
795 . . . . . 415. 668
796 . . . . . 416. 670
797 . . . . . 415. 670
801 . . . . 173. 415. 667
802 . . . . . 141. 175
804 . 147. 226. 227. 228
804 . 646. 651. 706. 707
805 229. 232. 363. 368. 369
807 . . . . 327. 361. 672
808 228
809 . . . . . 228. 352
811 . . . 31. 32. 34. 211
811 . 232. 233. 353. 452
811 . . . 560. 561. 522
812 . . . . . 34. 561
814 . . . . . 156. 230
814 ff. 367
815 . 157. 199. 229. 230
819 . . . . 199. 229. 230
821 228
826 138
827 . . . . 229. 230. 369
828 669
829 . . . . . 228. 685
832. 834 40
835 . . . 131. 199. 216
835 . . . 267. 352. 323
835 . . . 368. 483. 685
839 . . . . . 229. 692
844 367
845 81. 154. 169. 226. 681
846 ff. 367. 669
847 . . . . . 131. 690
848 690
850 35. 40. 45. 52. 370. 427
850 ff. 243
850—852 34
851 . . . . . 35. 103
852 37
853 . . . . . 230. 519
853 ff. 369
854. 855 230
856 . . . . . 418. 519
857 . . . . . 36. 380
858 219
859 607
860 . . . . . 47. 675
861 . . . . . 43. 44. 675
862 . . . . . 44. 45. 675
863 . . 39. 369. 425. 427
864 . 79. 81. 199. 218. 363
864 ff. 519
864—871 . . . 34. 504
865 . . 81. 218. 219. 365
866. 867 . . . . 81. 150

Digitized by Google

866—868 155
868 220
870 363
871 218
872 ff. } 31. 230. 268. 519 636
873 ff. 369
878 449
879 408
883 . . . . . 327. 352
885. 886 352
887 . . . . 50. 313. 668
887 ff. 248
888 . . 50. 81. 313. 328
889 ff. 294
890 . . . . . 81. 328
893 . . . . . 50. 78. 248
894 . . . . . 97. 339
895 82
897. 898 339
899. 900 361
899 ff. 81
900—913 361
904—910 328
911. 912. 913 . . . 328
915 341
916 33
917 466
918 81
920 466
921 304
923 230
927 . . . . . 139. 507
928 . . . . . 173. 226
930 226
932 220
933 328
935 ff. 140. 294
935—945 338
936 } 33. 150. 173. 304 507
938. 939 338
952 576
954. 957 596
971 584
990 595
990 ff. 576
994 576
996 595
997 569
1025 410
1028 ff. 410
1041 414
1042 . . . . . 414. 667

V. Einführungsgesetz zur Civilprozeßordnung.

12 . . . . . 22. 639
14 641
15 . . . . . 238. 552. 655.
23 . 646. 647. 648. 649
23 651

VI. Preußisches Allgemeines Landrecht.

Teil I.

Einleitung.

23 56
28 224

Titel 3.

45 153
47 101

Titel 4.

58 132
101 ff. 33. 35
126. 127 281
152 ff. 39

Titel 5.

7 95
270 ff. 122
285 ff. 287
317 . . . . . 96. 260
378 118
393 ff. 122
408 ff. 122

Titel 7.

1. 2 206
22 147
188 ff. 65

Titel 9.

360 36
367. 391 41
432 59
545 89
554 89
868 41

Titel 10.

1 123

Titel 11.

109. 110 51
128 ff. 204
261 ff. 33. 123
262 . . . . . 33. 123
266 123
382 36
402 191
656. 657 120
803 51
868 51
875 119
976 . . . . . 119. 120
1157 37
1162 37

Titel 12.

288 41

Titel 13.

85 . . . . . 61. 64. 147
91 99
142 152
197. 198 115
199 . . . . . 65. 115
200 115
228 ff. 150
230 65
239. 240 152
258 150
262 ff. 188

Titel 14.

46. 47 267
105. 109 61
248 121

Titel 15.

15—32 . . . . 65. 66
42 ff. 66

Titel 16.

46 256
47. 48 193
64 51
160 ff. 229
170 65
328 243

Titel 19.

22 36
26 ff. 36

Titel 20.

29—34 54
171 222

Titel 21.

110. 176 36
342 ff. 105
350—357 110

Teil II.

Titel 1.

185 ff. 46
261 45
310 ff. 213
612. 639 46
827 ff. 37

Titel 2.

64 ff. 46
156. 168 46
206 45
251 ff. 52
424. 429 39
612 52

Titel 3.

14 ff. 52

Digitized by Google

Titel 5.

177 112

Titel 8.

2012—2015 119

Titel 11.

17 270
160 ff. 270
618 ff. 270
772. 773 270

Titel 12.

11 270
17 270
20 ff. 270

VII. Code civil.

384 45
570. 572. 574 . . . 66
577 206
724. 777 41
1102 95
1183 122
1184 . . . 122. 123. 504
1290 242
1442 93
1443 ff. 40. 45
1563 45
1583 204
1743 ff. 110
1981 39
2003 . . . . . 113. 115
2020 121
2023. 2026 121
2027. 2032 121
2078 54
2279. 2280 66

Digitized by Google

Sachregister.

Bearbeitet vom Kammergerichts-Referendar Paul Hampf in Potsdam.

Die freistehenden Zahlen bedeuten die Seite, von den eingeklammerten bezeichnet die erste den Paragraphen des auf der Seite stehenden Gesetzes (Konkursordnung, Gesetz, betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Genossenschaftsgesetz, Einführungsgesetze, Anfechtungsgesetz, Ausführungsgesetz), die zweite die betreffende Anmerkung. Also: Zitiermethode 449 (162, 6) = Seite 449 § 162 Anmerkung 6.
Vorb. = Vorbemerkung. Einl. = Einleitung.

A.

Abgaben, Absonderungsrecht wegen öffentlicher ... 225 (49 Ziff. 1), auf Konkursgrundstücken haftende ... 258 (58, 4), Vorrecht öffentl. ... 265 (61 Ziff. 2), Vorrecht gewisser ... der Kirchen, Schulen, öffentlichen Verbände und öffentlichen Feuerversicherungsanstalten 265 (61 Ziff. 3), Begriff der öffentlichen ... 268 (61, 8—10), betagte Forderungen auf öffentliche ... 269 (61, 11), vorschußweise Entrichtung von öffentlichen ... durch den Steuererheber 270 (61, 12), Begriff und Umfang der ... für Kirchen u. s. w. 271 (61, 18).

Abgesonderte Befriedigung, Begriff 53 (4, 1), Verfahren 53 (4, 2), anhängige, auf ... gerichtete Rechtsstreitigkeiten 74 (11), Anfechtungsrecht der Absonderungsberechtigten 176 (36, 6), Behandlung im 5. Titel des ersten Buchs 217 ff. (47 ff.), Grundsätze 217 (Vorb. vor 47), ... aus dem unbeweglichen Vermögen 218 (47), Begriff und Gegenstand des Immobiliarabsonderungsrechts 218 ff. (47, 1—5), seine Behandlung in den Konsulargerichtsbezirken und deutschen Schutzgebieten 220 (47, 6), Verfahren bei Immobiliarabsonderung 220 (47, 7), Immobiliarabsonderungsrecht bevorrechtigter Gläubiger 220 (47, 9), ... aus dem beweglichen Vermögen auf Grund eines Faustpfandrechts 221 (48), Umfang dieses Absonderungsrechts 221 f. (48, 1—3), Kollisionen zwischen dem Mobiliar- und dem Immobiliarpfandrecht 222 (48, 4), Beschränkung des Absonderungsrechts auf die Pfandforderung 222 (48, 5), Verfahren bei Absonderung auf Grund eines Faustpfandrechts 223 (48, 6 u. 7), Rangordnung dabei 223 (48, 8), ... aus dem beweglichen Vermögen auf Grund eines Quasifaustpfandrechts 225 (49), Gleichstellung der Quasifaustpfandgläubiger mit den Faustpfandgläubigern 226 (49, 1 u. 2), Rangordnung der verschiedenen Rechte auf ... 226 (49, 3), Schutz des guten Glaubens bei gesetzlichen und Pfändungspfandrechten 226 (49, 4), Absonderungsrechte wegen öffentlicher Abgaben 227 (49, 5), ... auf Grund eines Pfändungspfandrechts 227 (49, 6), Kollision zwischen Pfändungspfandrecht und anderen Pfandrechten 228 (49, 7), ... auf Grund eines gesetzlichen Pfandrechts des B.G.B. 228 ff. (49, 8—18), — auf Grund des Pfandrechts an einer hinterlegten Sicherheit 228 f. (49, 9 u. 10), — auf Grund des Pfandrechts des Vermieters 230 ff. (49, 11—14), — des Verpächters 233 (49, 15), — des Pächters 233 (49, 16), — des Unternehmers 233 (49, 17), — des Gastwirths 233 (49, 18), — auf Grund eines gesetzlichen Pfandrechts des Handelsrechts 233 (49, 19), — auf Grund einer Forderung aus nützlicher Verwendung 233 (49, 20), — auf Grund eines Zurückbehaltungsrechts des Handelsrechts 234 (49, 21), Erwerb eines Rechts auf ... durch einen ausländischen Inhaber eines Massegegenstandes infolge Abtretung einer Konkursforderung an ihn 234 (50), Übergangsbestimmungen beim Vorhandensein eines solchen Thatbestandes 236 (50, 4), ... eines Nachlaßgläubigers oder Vermächtnißnehmers im bisherigen Recht 236 (50, 4), ... eines Miteigenthümers, Gesellschafters oder Gemeinschafters 236 (51), zeitliche Abgrenzung dieses Rechts auf ... 238 (51, 6), ... von Lehens-, Stammguts- und Familienfideikommißgläubigern 238 (52), Verhältniß der Absonderungsberechtigten zu den Massegläubigern 254 (57, 1 u. 2), Kosten eines vom Verwalter betriebenen Absonderungsverfahrens 258 (58, 4), Verhältniß des Vorrechts zum Recht auf ... 270 (61, 13), Befugniß der Absonderungsberechtigten, ihre Forderung zur Konkursmasse geltend zu machen, Voraussetzungen dafür 276 (64), 549 (212), Grundsätzliche Behandlung solcher Absonderungsberechtigten 277 (64, 1), Verfahren bei Anmeldung eines Rechtes auf ... zur Masse 277 ff. (64, 2 bis 7), Voraussetzung für das Verfahren 277 (64, 5), Verzicht auf ... 278 (64, 6), Folgen der Anmeldung zur Masse bei Konkursbeendigung 279 (64, 7), Stimmrecht eines Absonderungsberechtigten in der Gläubigerversammlung 324 (96), 549 (212), Anzeigepflicht eines Absonderungsberechtigten 354 (118), 355 (119), Pflicht des Absonderungsberechtigten zur Vorzeigung und Abschätzung der in seinem

Digitized by Google

Besitz befindlichen Sache 356 (120), Verwerthung der Sache, an der ein Absonderungsanspruch besteht, 362 (126), ... bei Veräußerung beweglicher Gegenstände 366 (127), — Geltendmachung des Absonderungsrechts dabei 366 (127, 1), — Befriedigungsrecht des Absonderungsberechtigten 367 (127, 2), — Verwerthungsrecht des Verwalters 367 (127, 3), — Fristsetzung 367 (127, 4), — Zwangsvollstreckung und Zwangsverkauf durch den Verwalter 368 (127, 5), — Anspruch auf den Erlös 368 (127, 6), Anerkenntniß eines Rechts auf ... durch den Verwalter 376 (133 Ziff. 2), Bedeutungslosigkeit der Eintragung in die Tabelle bei Feststellung eines Rechts auf ... 403 (141, 10), Sicherung von Absonderungsansprüchen im Vertheilungsverfahren 422 (149, 3), Berücksichtigung bei der Schlußvertheilung 433 (153, 2), — bei Abschlagsvertheilungen 433 (153, 3), Fälligkeit betagter und bedingter Absonderungsansprüche 434 (153, 5), Zurückbehaltung von Antheilen auf Absonderungsansprüche 461 (168), Theilnahme der Absonderungsberechtigten am Zwangsvergleich 471 (174, 4), Einfluß des Zwangsvergleiches auf Rechte auf ... 500 (193, 10), ... der Nachlaßgläubiger am Nachlaß 605 (234, 1), Strafbarkeit der Begünstigung eines Absonderungsberechtigten 632 (241, 7), Reichsgesetzliche Uebergangsbestimmungen 645 ff. (11—17).

Abgetretene Forderungen, Abtretung von Konkursforderungen an einen ausländischen Inhaber eines Massegegenstandes 234 (50), 252 (56), ... des Ehegatten des Gemeinschuldners 484 (183).

Abkommen des Gemeinschuldners mit einzelnen Gläubigern beim Zwangsvergleich 479 f. (181, 4—6).

Abkömmlinge, Unterhaltsansprüche im Nachlaßkonkurs 588 (226, 3).

Ableben des Gemeinschuldners s. Tod.

Ablehnung eines Erwerbes durch den Gemeinschuldner 135 (29, 7). ... eines Richters im Konkursverfahren 294 (72, 2), ... von Vergleichsvorschlägen 470 (173, 1—3), 475 (176, 1—4).

Abnahme der Schlußrechnung 312 (86).

Abrechnung von Zwischenzinsen bei betagten unverzinslichen Forderungen 279 ff. (65, 1—5).

Abschätzung von Absonderungsgegenständen 356 (120), ... der einzelnen Massegegenstände 358 (123).

Abschlagsvertheilungen, Theilnahme eines zur Masse angemeldeten Absonderungsanspruches 277 (64, 3), — Geschichtliches 421 (Vorb. vor 149), Grundsätze 422 ff. (149 ff.), Eintritt 422 (149, 2), Berücksichtigung von streitigen Forderungen 429 (152), — von Absonderungsberechtigten 433 (153, 3), — von aufschiebend bedingten Forderungen 435 (154, 2), — von Nachzüglern 436 (155), Einwendungen gegen das Vertheilungsverzeichniß 439 (158), Bestimmung des Prozentsatzes 441 (159), Aussetzung einer ... 443 (160).

Abschluß der Bücher des Gemeinschuldners 358 (122, 3).

Absicht des Gemeinschuldners, seine Gläubiger zu benachtheiligen, bei der Anfechtung 157 (30, 38), 158 (31, 1), — beim Bankerutt 617 (239, 1), 626 (240, 1), ... des Schuldners, die Eröffnung des Konkursverfahrens hinauszuschieben 628 (240, 7), Benachtheiligungsabsicht des Gemeinschuldners bei Anfechtung außerhalb des Konkurses 673 (3, 3).

Absonderung, Behandlung im 5. Titel des 1. Buchs 217 ff. (47—52), s. abgesonderte Befriedigung.

Absonderungsansprüche s. abgesonderte Befriedigung.

Absonderungsberechtigte s. abgesonderte Befriedigung.

Absonderungsrecht s. abgesonderte Befriedigung.

Abstimmungen der Konkursgläubiger, Theilnahme eines zur Masse angemeldeten Absonderungsanspruches 277 (64, 3), ... in den Gläubigerversammlungen 325 (97), ... im Zwangsvergleichstermin 481 (182), Stimmenkauf 636 (243).

Abtretung einer Konkursforderung an einen ausländischen Inhaber eines Massegegenstandes 234 (50), 252 (56), Aufrechnung mit einer durch Rechtsabtretung erworbenen Forderung 248 ff. (55, 7—11), ... einer Forderung eines Schuldners an den Gläubiger zur Sicherung von dessen Forderung 278 (64, 5), Einfluß der ... von stimmberechtigten Forderungen auf die Ausübung des Stimmrechts 481 (182, 4), 482 (182, 6).

Abweisung des Eröffnungsantrages 332 (104, 1), 337 (105, 10).

Abwesenheit des Gemeinschuldners, Erlaubniß des Gerichts zur Entfernung vom Wohnsitz 327 (101), Unzulässigkeit des Zwangsvergleiches bei Flucht 473 f. (175, 1 u. 2).

Abzug des Zwischenzinses bei betagten unverzinslichen Forderungen 280 (65, 5), bei wiederkehrenden Hebungen 288 (70, 3).

Actio Pauliana 672 (3).

Administration s. Zwangsverwaltung.

Adoptivkind, Anfechtung von Rechtsgeschäften des Gemeinschuldners mit ... 161 (31, 11).

Aftermiether, Pfand- und Absonderungsrecht des Vermiethers an Sachen des ... 232 (49, 14).

Afterpächter, Pfand- und Absonderungsrecht des Verpächters an Sachen des ... 232 (49, 15).

Agenten, Kaufmannseigenschaft der ... 624 (239, 19).

Akkord s. Zwangsvergleich, Präventiv-Akkord.

Aktiengesellschaften, Erfüllungswahlrecht des Verwalters bei Aktien-Zeichnungsverträgen 96 (17, 3), Einfluß der Konkurseröffnung

Digitized by Google

119 (25, 4), Absonderungsrecht der Aktionäre beim Konkurse des Aktionärs 238 (51, 5), Stellung der Inhaber der von einer ... ausgestellten Schuldverschreibungen in deren Konkurse 265 (Vorb. 5 vor 61), 652 (17), kein Vorrecht für Forderungen der ... 271 (61, 16), Wirkung der Konkursaufhebung nach vorangegangenem Zwangsvergleich 497 (192, 2), Konkurs der .. 519 ff. (207—208), Konkursgrund 519 (207, 1), Antragspflicht des Vorstandes 520 (207, 1), Konkurs von ... in Liquidation 520 (207, 3 u. 4), Antragsberechtigung 521 (208, 1), Zulässigkeit des Zwangsvergleiches 522 (208, 4), Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder und Liquidatoren 637 (244).

Aktivmasse im Nachlaßkonkurs 567 (215, 2), s. auch Theilungsmasse.

Aktivprozesse s. Aufnahme.

Alimentenforderungen s. Unterhaltsansprüche.

Allgemeiner Gerichtsstand s. Gerichtsstand.

Allgemeine Gütergemeinschaft, Konkurs über das Vermögen eines Ehegatten bei ... 46 (2).

Allgemeiner Prüfungstermin, Bestimmung 345 (110), 384 (138, 4), Verlauf 390 (141), Erörterung der angemeldeten Forderungen 390 (141, 1), 391 (141, 4), 392 (141, 8), Vertagung 391 (141, 3), Erörterung bei Bestreiten des Verwalters 391 (141, 5), — eines Konkursgläubigers 392 (141, 6), — des Gemeinschuldners 392 (141, 7), ... als Grundlage für die Vertheilung der Masse 422 (149), Versäumung des ... 456 (165), Unzulässigkeit des Zwangsvergleiches vor Abhaltung des ... 470 (173, 2), Verbindung des ... mit dem Vergleichstermin 478 (180), s. auch Prüfungsverfahren.

Allgemeines Veräußerungsverbot, Erlaß 338 f. (106, (4—6).

Amtsenthebung des Konkursverwalters 309 (84).

Amtsgericht, Verhältniß zwischen Konkursgericht und Prozeßgericht 290 (Vorb. 2 vor 71), Zuständigkeit für das Konkursverfahren 291 (71), Beschwerde gegen seine Entscheidungen als Konkursgericht 297 ff. (73, 6—9), Zuständigkeit zur Abnahme des Offenbarungseides im Konkursverfahren 360 (125), Zuständigkeit für die Feststellung streitiger Forderungen im Prozeßwege 404 (146), Zuständigkeit für den Nachlaßkonkurs 566 (214), Zuständigkeit für den inländischen Konkurs über das Vermögen eines Ausländers 615 (238, 6).

Amtsverbände, Absonderungsrecht 225 (49 Ziff. 1), Vorrecht wegen öffentlicher Abgaben 265 (61 Ziff. 2), — wegen gewisser anderer Abgaben und Leistungen 270 (61, 16).

Amtswegen, von, Zustellung der Entscheidungen im Konkursverfahren 294 (73), öffentliche Bekanntmachungen des Konkursgerichts 300 (76), Sicherung der Masse durch das Gericht 337 (106), Ernennung des Verwalters, Anordnung des Wahltermins, Erlaß des offenen Arrestes, Bestimmung der Anmeldefrist und des allgemeinen Prüfungstermins 345 (110), öffentliche Bekanntmachung der Konkurseröffnung, des offenen Arrestes, der Anmeldefrist und der Termine 346 (111), Mittheilung der Konkurseröffnung an die Register- und sonstige Behörden 347 (112), Eintragung des allgemeinen Veräußerungsverbotes und der Konkurseröffnung ins Grundbuch 348 (113).

Änderung der gerichtlichen Entscheidungen durch das Konkursgericht selbst 295 (73, 1), ... der Anmeldung 387 (139, 4), 394 142, 2), ... des Vertheilungsverzeichnisses 438 (157).

Anerkenntniß, Anfechtung eines ... des Gemeinschuldners 133 (29, 2).

Anerkennung von Aussonderungs-, Absonderungs- und Masseansprüchen durch den Verwalter 376 (133 Ziff. 2), ... erdichteter Schulden oder Rechtsgeschäfte 622 (239, 13).

Anfechtbarkeit von Erfüllungsgeschäften 145 (30, 16), 163 (31, 15 u. 16), ... von Versicherungsverträgen 167 (32, 10), ... von Wechselzahlungen 169 (34), Beschränkung im Nachlaßkonkurs 594 (223, 2).

Anfechtung außerhalb des Konkursverfahrens, Anfechtung einer durch ... erlangten kongruenten Deckung im Konkurse 152 (30, 23), Ausübung der ... während des Konkurses 176 (36, 6), Aenderungen des Gesetzes betr. die ... 657 (VII), Gesetz betr. die ... 659 ff, geschichtliches 659 (Vorb. 1 vor 1), Natur des Anfechtungsanspruchs 660 (Vorb. 3 vor 1), ... nichtiger Rechtshandlungen 662 (Vorb. 5 vor 1), ... im Verhältniß zur Konkursanfechtung 662 (1, 1), Voraussetzung und Zweck 664 (1, 5), Wirkung 664 (1, 6), Form 665 (1, 7), Rechtsbehelfe 666 (1, 8), Anfechtungsberechtigte 667 (2), Erforderniße beim Gläubiger 667 ff. (2, 1—7), — beim Schuldner 671 f. (2, 8—11), ... von benachtheiligenden Rechtshandlungen 673 (3, 1—3), .. von entgeltlichen Verträgen 673 f. (3, 1—5), ... von unentgeltlichen Verfügungen 673 ff. (3, 4—8), Einfluß der Konkurseröffnung auf die ... 675 (3, 9), ... von Pflichttheilsansprüchen, Vermächtniffen und Auflagen 676 (3a), Ankündigung der ... 680 (4), ... im Wege der Einrede 682 (5), ... von Rechtshandlungen, für die ein vollstreckbarer Schuldtitel erlangt ist 684 (6), Gegenstand des Anfechtungsanspruchs 684 (7), Wirkung und Umfang der ... 685 f. (7, 1—4), mehrere Anfechtungsgläubiger 686 (7, 5), Einwendungen des Anfechtungsgegners 687 (7, 6), Erstattung der Gegenleistung 688 (8), ... im Klagewege 690 (9), Inhalt der Klage 690 (9, 1), Formulirung des Klage-

Digitized by Google

antrags 690 f. (9, 2—4), ... von Verpfändungen und Pfandrechten 691 (9, 5), ... auf Grund eines nur vorläufig vollstreckbaren Schuldtitels 691 (10), ... gegen den Erben und andere Rechtsnachfolger 693 (11), Befristung der ... 694 (12), Ausschlußfrist 695 (12, 1—6), Anfechtungsanspruch und Anspruchsverjährung 696 (12, 7), Einfluß der Konkurseröffnung auf die ... 697 (13), ... eines Einzelgläubigers nach Konkursbeendigung 700 (13, 8 u. 9), Reichsübergangsbestimmungen 701 (14).

Anfechtung im Konkurse, Ausübung durch den Verwalter 29 (Vorb. 3h vor 1), 174 (36), ... letztwilliger Verfügungen Dritter durch den Verwalter 41 (1, 20), Behandlung im 3. Titel des 1. Buchs 128 ff. (29—42), ... Geschichtliches 128 (Vorb. 1 vor 29), System der Konkursordnung hinsichtlich der ... 129 (Vorb. 2 vor 29), Organ für die ... 129 (Vorb. 3 vor 29), Benachtheiligung als Voraussetzung der ... 129 (Vorb. 4 vor 29), Anfechtungsanspruch 130 (Vorb. 5 vor 29), Feststellung der Zahlungseinstellung 130 (Vorb. 6 vor 29), ... nach Handelsrecht 130 (Vorb. 7 vor 29), ... nach Landesrecht 130 (Vorb. 8 vor 29), ... nach Bürgerlichem Recht 130 (Vorb. 9 vor 29), ... von Scheingeschäften 131 (Vorb. 10 vor 29), ... von vor der Konkurseröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen 132 (29), ... von Unterlassungen 132 (29, 1), Wirkung der ... 136 (29, 11), ... nach der Konkursbeendigung 137 (29, 12), 176 (36, 5 u. 6), Form der ... 138 (29, 14), Rechtsbehelfe der ... 138 (29, 15), Form der Rechtsbehelfe der ... wegen Zwangsvollstreckungen 139 (29, 16). Ist der Anfechtungsgrund Klagegrund? 140 (29, 17), 177 (36, 9), Kollision örtlicher Rechte 141 (29, 20), Einfluß des Gesetzgebungswechsels 142 (29, 21), ... von Rechtshandlungen nach der Zahlungseinstellung bezw. in den letzten 10 Tagen vorher 142 (30), rechtlicher Charakter dieser ... 143 (30, 1), Anfechtungsfälle hierbei 143 (30, 2), ... der benachtheiligenden Rechtshandlungen 148 (30, 14—17), ... der Erfüllung an den Gemeinschuldner 150 (30, 16), ... einer Sicherung und Befriedigung eines Konkursgläubigers (Allgemeines) 150 ff. (30, 18—21), ... einer kongruenten Deckung 152 (30, 22), besonders einer durch außerkonkursmäßige Anfechtung erlangten — 152 (30, 23), ... einer inkongruenten Deckung 153 (30, 24 u. 26), ... einer Sicherung (Einzelheiten) 154 ff. (30, 27—37), Verhältniß zu Arresten und Zwangsvollstreckungen 155 ff. (30, 30—36), 172 (35), ... von betrügerischen Rechtshandlungen eines Gemeinschuldners 158 (31), Gerichtsstand hierbei 159 (31, 4), ... entgeltlicher Verträge des Gemeinschuldners mit Ehegatten und Verwandten 161 ff. (31, 9 bis 14), ... von Erfüllungshandlungen 163 (31, 15 u. 16), ... unentgeltliche Verfügungen des Gemeinschuldners 164 (32), Charakter dieser ... 164 (32, 1), ... unentgeltlicher Verfügungen zu Gunsten des Ehegatten 166 (32, 6), früheres Recht hierbei 167 (32, 10), Uebergangsrecht hierbei 168 (32, 11), ... von früher als 6 Monate vor der Konkurseröffnung liegenden Rechtshandlungen 168 (33), ... von Wechselzahlungen 169 (34), 171 (34, 6—9), Ausschluß der ... hierbei 170 (34, 3 u. 4), ... von Rechtshandlungen, für welche Gegner einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat 172 (35), Gegenstand einer solchen ... 173 (35, 3), ... von Zwangsvollstreckungs- und Arrestvollziehungshandlungen 173 (35, 3), 174 (35, 6), Anfechtungsberechtigte im Konkurse 174 (36), — nach dem Konkurse 175 (36, 3), 176 (36, 5), — außerhalb des Konkurses, Ausübung während des Konkurses 176 (36, 6), Einfluß der Konkurseröffnung auf schon vorher erhobene Anfechtungsansprüche 176 ff. (36, 7—11), Folgen der für begründet erklärten ... 179 (37), ... gegen den Erben 190 (40, 1—2), ... gegen andere Gesammtrechtsnachfolger 190 (40, 3), ... gegen sonstige Rechtsnachfolger 191 ff. (40, 4—10), Ausschlußfrist 194 (41), ... von den nach der Konkurseröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen 195 (42), ... gegen Abtretung von Forderungen an Ausländer 234 (50), Verhältniß der ... zur Unzulässigkeit der Aufrechnung 251 (55, 8), ... im Feststellungsstreit 407 (146, 5), ... des Zwangsvergleiches 491 (188), 504 (196), Voraussetzungen für diese ... 505 (196, 1—2), 506 (196, 6), Ziel dieser ... 505 (196, 3), Anfechtungsgegner dabei 506 (196, 4), Geltendmachung dieser ... 506 (196, 5), ... von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners nach Wiederaufnahme des Konkursverfahrens 509 (199), ... von Rechtshandlungen der Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung 524 (64, 2), ... von Rechtshandlungen des Vorstandes einer Genossenschaft 526 (99, 2), ... der Erfüllung von Pflichttheilsansprüchen, Vermächtnissen oder Auflagen im Nachlaßkonkurs 579 (222), ... im Nachlaßkonkurse 593 (228), ... von Rechtshandlungen des Erblassers 593 (228, 1), Rückgewähr des durch die ... zuviel Geleisteten 594 (228, 3), ... von Rechtshandlungen des Erben nach erfolgtem Erbschaftskauf 603 (232, 5), Reichsübergangsrecht 642 (9), Verhältniß zur Anfechtung außerhalb des Konkurses 662 (1, 1), Aufnahme der außerkonkurslichen Anfechtung durch den Verwalter 675 (3, 9), 697 (13).

Anfechtung von gerichtlichen Entscheidungen, Allgemeines 294 (73), ... über das Stimm-

Digitized by Google

recht von Konkursgläubigern in der Gläubigerversammlung 322 (95), ... über das Stimmrecht von Absonderungsberechtigten und aufschiebend bedingt berechtigten Gläubigern darin 324 (96), ... über die Konkursaufhebung nach Abhaltung des Schlußtermins 450 (163), ... über die Beschwerde gegen den Beschluß des Konkursgerichts betr. Zulässigkeit des Zwangsvergleichs 492 (189), ... über die Konkursaufhebung nach stattgehabtem Zwangsvergleich 493 (190).

Anfechtungsanspruch, Begründung, Ziel, Antrag 140 (29, 17), Zuständigkeit 140 (29, 19), Inhalt 179 (37), Erfüllung ohne Leistung des Gegners 180 (37, 2), — mit Leistung des Gegners 180 (37, 3), Erfüllung durch Rückgewähr des Entzogenen 180 (37, 5), Einfluß des bürgerlichen Rechts auf den Umfang der Rückgewähr 181 (37, 6), rechtlicher Umfang der Rückgewähr 181 (37, 7), Rückgewähr des Zugewendeten 182 (37, 8a), Herstellung des früheren Zustandes 182 (37, 8b), Art der Rückerstattung 183 (37, 8c), Einwendungen 183 (37, 9), Rückgewähr durch den unredlichen Geschenknehmer 184 (37, 12), — durch den redlichen Geschenknehmer 184 (37, 13 u. 14), Klagebegründung zu § 37 Anm. 14 K.O. 185 (37, 15), Verjährung 194 (41, 1), Zugehörigkeit zum Vermögen des Gemeinschuldners 353 (117, 2), Rechtsnatur 660 (Vorb. 3 vor 1), ... als unerlaubte Handlung 661 (Vorb. 4 vor 1), ... auf Rückgewähr von nicht in die Konkursmasse fallenden Gegenständen 663 (1, 3), Rechtshängigkeit des ... 673 (3, 4).

Anfechtungsgegner, Verhältniß zum Gemeinschuldner 137 (29, 12), — zu dritten Personen 138 (29, 13), Subjekt 146 (29, 18), Bereicherungsanspruch des ... nach erfolgter Anfechtung 185 (8, 1 u. 2), sonstige Ansprüche gegen die Masse 187 (38, 4), Forderungen gegen den Gemeinschuldner 188 (38, 5), Wiederaufleben der früheren Forderung des ... nach Rückgewähr der anfechtbaren Leistung 188 (39), Wiederaufleben auch der mit der Forderung verbundenen Nebenrechte 189 (39, 6).

Anfechtungsgesetz betreffend Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens 659 ff.

Anfechtungsgründe bei der Anfechtung außerhalb des Konkurses 673 (3), 676 (3a).

Anfechtungsklage bei der Konkursanfechtung 139 (29, 14b), 140 (29, 17), Gerichtsstand dabei 140 (29, 19), ... gegen die vollstreckbare Vorschußberechnung im Genossenschaftskonkurs 532 (111), Gerichtsstand dabei 533 (112), Zuständigkeit des Reichsgerichts für ... 658 (IX), Gerichtsstand der ... bei der Anfechtung außerhalb des Konkurses 667 (1, 10), Inhalt dieser ... 690 (9).

Anfechtungsrecht als Bestandtheil der Konkursmasse 42 (1, 22), Ausübung des ... 174 (36), Frist für die Ausübung bei Anfechtung einer vor der Konkurseröffnung vorgenommenen Rechtshandlung 194 (41), — einer nach der Konkurseröffnung vorgenommenen Rechtshandlung 195 (42), Rechtsnachfolge in das ... 666 (1, 9), — außerhalb des Konkurses 694 (12).

Angehörige, Anfechtung gegen ... des Gemeinschuldners 158 (31), 189 (40), 672 (3), Anhörung von ... des Gemeinschuldners 334 (105).

Anhängige Prozesse, Aufnahme der bei der Konkurseröffnung ... über das zur Masse gehörige Vermögen 69 (10), — über ein Aussonderungs- oder Absonderungsrecht oder eine Masseschuld 74 (11), — über eine nicht festgestellte Forderung 396 (144), 404 (146), 429 (152).

Anhörung des Verwalters und anderer 296 (73, 2), 334 (105), ... des Gemeinschuldners vor der Konkurseröffnung 335 (105, 3).

Ankündigung der Anfechtung außerhalb des Konkurses 680 (4), Voraussetzung 680 (4, 2), Form und Inhalt 681 (4, 3), Wirkung 681 (4, 5), Wirkung für den Rechtsnachfolger 682 (4, 6).

Anleihen s. Schuldverschreibung.

Anmeldefrist s. Anmeldeverfahren.

Anmeldeverfahren, Anmeldepflicht 384 (138, 1), Anmeldefrist 384 (138, 2), Versäumung der Anmeldefrist 384 (138, 3), Erfordernisse der Anmeldung 387 (139, 4), Angabe des Betrages der angemeldeten Forderung 387 (139, 5), Angabe des Grundes der Forderung 387 (139, 6), Angabe des beanspruchten Vorrechts 387 (139, 7), unwesentlicher Inhalt der Anmeldung 388 (139, 8), Form der Anmeldung 388 (139, 9), Eintragung der Anmeldung in die Tabelle 389 (140, 2), Niederlegung der Tabelle auf der Gerichtsschreiberei 390 (140, 3), Anlegung und Einrichtung der Tabelle 390 (140, 4), Prüfung nachträglich angemeldeter Forderungen im ersten Prüfungstermin 394 (142, 1), Aenderung von Anmeldungen 394 (142, 2), Ausschluß von Anmeldungen 394 (142, 3), Rechtsnachfolge in der Person des Anmeldenden 395 (142, 4), Zurücknahme von Anmeldungen 395 (142, 5), Ausbleiben des Anmeldenden im Prüfungstermin 396 (143), Aenderung der Anmeldung nach der Feststellung 402 (145, 9), über die Wiederholung des Anmeldeverfahrens bei Wiederaufnahme des Konkursverfahrens 511 (201, 2).

Anmeldung, Unterbrechung der Verjährung durch ... 88 (15, 18), Befugniß des aufrechnungsberechtigten Gläubigers zur ... seiner Forderung 243 (53, 4) ... an sich noch kein Verzicht auf das Aufrechnungsrecht 243 (53, 5), ... eines Absonderungsanspruches zur Masse 276 (64), Anmelde-

Digitized by Google

verfahren s. daselbst, ... von Konkursforderungen im Nachlaßkonkurs 595 (229), Wirkung einer vorherigen ... im Aufgebotsverfahren 595 (229, 3).
Anmeldungserfordernisse s. Anmeldeverfahren.
Annahme einer Erbschaft durch den Gemeinschuldner 68 (9, 1), des Zwangsvergleiches im gewöhnlichen Konkurse 481 (182), — im Nachlaßkonkurse 596 (230), ... an Erfüllungsstatt s. Zahlungsstatt.
Annehmbarkeit des Vergleichsvorschlags 475 (177).
Ansprüche aus Geschäften oder Handlungen des Verwalters 259 (59, 2), ... aus zweiseitigen Verträgen, deren Erfüllung zur Masse verlangt wird oder für die Zeit nach Eröffnung des Verfahrens erfolgen muß 260 (59, 3—5), .. aus einer rechtlosen Bereicherung der Masse 261 (59, 6).
Anstalt, Konkurs 552 (213, 1).
Anstandsschenkung, Unanfechtbarkeit einer ... 166 (32, 5).
Anstiftung zu dem Delikt der Gläubigerbegünstigung 634 (241, 11).
Antheile, abgesonderte Befriedigung eines Miteigenthümers, Gesellschafters oder Gemeinschafters des Gemeinschuldners aus dessen ... 236 (51, 2), Freiwerden von Gläubigerantheilen bei der Schlußvertheilung 438 (156), Zurückbehaltung von ... 461 (168)
Antrag, Wirkung des ... auf Konkurseröffnung für Anfechtung 142 (30), ... auf Eröffnung als Moment der Anfechtbarkeit 146 (30, 10), Kenntniß davon 146 (30, 11), Kenntniß des Vertreters 147 (30, 12), Zeit der Kenntniß bei grundbuchlichem Erwerbe 147 (30, 13), Bedeutung der Kenntniß des ... auf Konkurseröffnung bei der Aufrechnung 251 (55, 7 u. 8), 252 (55, 11), Beweislast für den Nachweis dieser Kenntniß 252 (55, 11), ... auf Entlassung des Verwalters 309 (84), ... auf Berufung von Gläubigerversammlungen 319 (93), ... auf Eröffnung des Konkursverfahrens 330 ff. (103 ff.), allgemeines über den Eröffnungsantrag 330 (103, 1), Antragsrecht und -Pflicht des Gemeinschuldners 331 (103, 2), 573 (217, 9), Antragsrecht jedes Konkursgläubigers 331 (103, 3), Eröffnungsantrag bei Versicherungsanstalten 331 (103, 4), Verfahren auf den Eröffnungsantrag des Gemeinschuldners 332 f. (104, 1—4), Abweisung dieses Eröffnungsantrags 332 (104, 1), Rücknahme des Antrags durch den Gemeinschuldner 334 (104, 5), Verfahren auf den Eröffnungsantrag eines Gläubigers 334 ff. (105, 1—8), Rücknahme des Antrags durch den Gläubiger 337 (105, 9), Abweisnng des Antrags eines Gläubigers 337 (105, 10), Abweisung des Eröffnungsantrags wegen unzureichender Masse 340 (107), ... auf Aussetzung von Abschlagsvertheilungen 443 (160), ... auf Verwerfung des Zwangsvergleichs 491 (188), ... auf Sicherheitsmaßregeln wegen Aufhebung des Zwangsvergleichs 506 (197), ... auf Wiederaufnahme des Verfahrens 508 (198), ... auf Einstellung des Verfahrens 513 (202) Recht zur Stellung des Eröffnungsantrags beim Konkurse einer Aktiengesellschaft 521 (208, 1), — einer Versicherungsgesellschaft auf Aktien 521 (208, 2), — einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung 522 (63, 1), 523 (64, 1), — einer Genossenschaft 527 (100), — einer offenen Handelsgesellschaft 547 (210, 1), — einer Kommanditgesellschaft 547 (210, 1), — einer Kommanditgesellschaft auf Aktien 547 (210, 1), — einer juristischen Person 555 (213, 7), — eines passiv prozeßfähigen Vereins 555 (213, 7), — beim Nachlaßkonkurse 570 ff. (217 bis 220), Antragsberechtigung des Ehemanns einer Erbin 573 (218), — des Käufers einer Erbschaft 600 (232), 604 (233).
Antragspflicht s. Antrag.
Antragsrecht s. Antrag.
Anwalt s. Rechtsanwalt.
Anwaltskammern, Vorrecht der ... 270 (61, 16).
Anwaltsverein, kein Vorrecht 270 (61, 16).
Anwaltszwang, kein ... im Konkursverfahren 296 (73, 2), s. auch Bevollmächtigte.
Anweisung, Verhältniß zwischen ... und Auftrag 114 (23, 2), ... des Verwalters auf der Hinterlegungsstelle, Mitzeichnung eines Gläubigerausschußmitgliedes 382 (137), — kein Ersatz für die Auszahlung des Vertheilungsbetrags 461 (167).
Anzeigepflicht des Besitzers von Massegegenständen 354 (118, 2), Folgen der Unterlassung 355 (119, 1 u. 2).
Apotheker, Unpfändbarkeit des Inventars einer Apotheke 34 (1, 8), Vorrecht der ... 271 (61, 19), Kaufmannseigenschaft des ... 622 (239, 14)
Approbation, ausländische ... der Aerzte u. s. w. gewährt kein Vorrecht 271 (61, 19).
Arbeiter, Erwerb durch persönliche Thätigkeit 32 (1, 4), 40 (1, 19), Befreiung des Lohns von der Zwangsvollstreckung 35 (1, 10), Vorrecht der ... 265 (61 Ziff. 1).
Arrest, Unzulässigkeit des persönlichen Sicherheitsarrestes gegen den Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung 81 (14, 4), Wirkungen eines vor der Konkurseröffnung vollzogenen ... 81 (14, 5), Unzulässigkeit des ... nach der Konkurseröffnung 81 (14, 5), 87 (15, 12), Anfechtung von Arrestvollziehungen 151 (30, 21), Anfechtung von durch Arrestvollziehung erzwungenen Rechtshandlungen 174 (35, 6), Wirksamkeit eines allgemeinen Veräußerungsverbots gegenüber dem Erwerbe eines Dritten durch Arrestvollziehung 339 (106, 6), Erlaß des offenen ... 345 (110), Bekanntmachung des ... 346 (111), Ein-

Digitized by Google

tragung in das Grundbuch 348 (113), Wirkung des offenen ... 354 (118, 1 u. 2), Beschlagnahme von Sendungen, Briefen, Depeschen an den Gemeinschuldner auf der Post 356 (121).

Arrestbefehl, kein vollstreckbarer Titel 667 (2, 2).

Arrestvollziehung, abgesonderte Befriedigung auf Grund einer ... im Nachlaßkonkurs 578 (221), ſ auch Zwangsvollstreckung.

Ärzte, Vorrecht der ... 271 (61, 19), Ausländische Approbation verleiht kein Vorrecht 271 (61, 19).

Ascendenten, Unterhaltsansprüche im Nachlaßkonkurs 558 (226, 3).

Aufgabe, Bewirkung einer Zustellung durch ... zur Post 301 (77).

Aufgebotsverfahren, beschränkte Rechte der im ... ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger 575 (119), 587 (226), 593 (228), Geltung der Anmeldung von Nachlaßverbindlichkeiten im ... für den Nachlaßkonkurs 595 (229), preußische Uebergangsbestimmungen 712 (49).

Aufhebung eines Rechtsverhältnisses durch Konkurseröffnung 121 (26), ... der angeordneten Sicherheitsmaßregeln bei Abweisung des Eröffnungsantrages 340 (106, 7), ... des Konkurseröffnungsbeschlusses 345 (109, 4), ... des Konkursverfahrens nach Abhaltung des Schlußtermins 450 (163), Zeitpunkt und Form dieser Aufhebung 450 (163, 1), Bekanntmachung 451 (163, 2), Unanfechtbarkeit des Beschlusses 451 (163, 3), Wirkungen der ... 451 (163, 4), von Amtswegen von der ... zu machende Mittheilungen 451 (163, 5), Rechte der Konkursgläubiger nach der ... 452 (164, 1), ... des Konkursverfahrens nach vollzogenem Zwangsvergleich 493 ff. (190 ff.), Zeitpunkt und Form dieser ... 493 (190, 1 u. 2), Zeitpunkt der Wirksamkeit des Aufhebungsbeschlusses 494 (190, 3), Bekanntmachung und Mittheilungen an die Behörden 494 (190, 4), 705 (14), Wirkungen dieser ... 494 (191), 496 (192), keine Klage auf ... des Zwangsvergleiches wegen Nichterfüllung 504 (195), ... des vergleichsmäßigen Erlasses wegen Betruges des Gemeinschuldners 504 (196), — wegen betrügerischen Bankerutts des Gemeinschuldners 506 (197), ... von Landesgesetzen 641 (4).

Aufkündigung ſ. Kündigung.

Auflagen, Eröffnungsantragsrecht desjenigen, der die Vollziehung einer ... zu fordern berechtigt ist 577 (219, 4), Anfechtung der Erfüllung von ... 579 (220), Rangordnung der Verbindlichkeiten aus ... 590 (226, 10 u. 12).

Auflösend bedingte Forderungen, Einfluß einer auflösenden Bedingung auf den Umfang der Masse 33 (1, 6), Erwerb eines Rechts an der Konkursmasse durch Eintritt einer auflösenden Bedingung 84 (15, 5), Aufrechnung mit oder gegen .. 246 (54, 3), ihre Behandlung im Konkursverfahren 281 (66), Folgen des Eintritts der Bedingungen 281 (66, 1), eventuelle Verpflichtung des Gläubigers zur Sicherstellung 281 (66, 2), ihre Berücksichtigung im Vertheilungsverfahren 435 (154, 1), Zurückbehaltung von Antheilen 461 (168).

Auflösende Bedingung ſ. auflösend bedingte Forderungen.

Auflösung von Rechtsverhältnissen durch die Konkurseröffnung 90 (16, 4), 117 (25), 121 (26), ... einer offenen Handelsgesellschaft 118 (25, 4), ... einer Kommanditgesellschaft 118 (25, 4), ... einer Kommanditgesellschaft auf Aktien 118 (25, 4), ... einer Aktiengesellschaft 119 (25, 4), Zulässigkeit der Konkurseröffnung auch nach ... einer Aktiengesellschaft 519 (207), — einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung 522 (63), — einer Genossenschaft 525 (98), — einer offenen Handelsgesellschaft 543 (209), — einer Kommanditgesellschaft 543 (209), — einer Kommanditgesellschaft auf Aktien 543 (209).

Aufnahme von für den Gemeinschuldner anhängigen Rechtsstreitigkeiten 69 (10), — Befugniß des Verwalters zur ... 71 (10, 5), — Befugniß des Verwalters zur Führung des aufgenommenen Prozesses 71 (10, 6), Wirkung der ... 72 (10, 7), Verzögerung der ... 72 (10, 8), Zwang zur ... 72 (10, 9), Ablehnung der ... 72 (10, 10), Wirkung der Ablehnung gegen den Verwalter 73 (10, 11), — für den Gemeinschuldner 73 (10, 12), Kosten eines vom Verwalter nicht aufgenommenen Prozesses 74 (10, 13), ... von gegen den Gemeinschuldner anhängigen Rechtsstreitigkeiten 74 (11), Befugniß zur ... 75 (11, 3), Kosten des aufgenommenen Prozesses 76 (11, 5—7), Genehmigung des Gläubigerausschusses zur Ablehnung der ... anhängiger Prozesse 378 (133, 7), ... eines Darlehns durch den Verwalter 379 (134), ... eines anhängigen Rechtsstreits über eine streitige Konkursforderung 398 f. (144, 5 u. 6), 411 ff. (146, 11—14), Verfahren bei der ... 411 (146, 12), Zuständigkeit dabei 412 (146, 13), ... unterbrochener Anfechtungsprozesse 699 (13, 4—5).

Aufrechnung, Behandlung im 6. Titel des 1. Buchs 239 ff. (53—56), allgemeine Natur der Konkursaufrechnung 239 (Vorb. 1 vor 53), Verhältniß zu der Aufrechnung des B.G.B. 239 (Vorb. 2 vor 53), Anwendbarkeit der Vorschriften des B.G.B. und der C.P.O. 240 (Vorb. 3 vor 53), Geltendmachung des Aufrechnungsrechts 240 (Vorb. 4 vor 53), Rückwirkung der ... 240 (Vorb 5 vor 53), Zeitraum für die Anwendbarkeit der Vorschriften der K.O. über die ... 241 (Vorb. 6 vor 53), Einfluß des Zwangsvergleiches 241 (Vorb. 7 vor 53), Zwingende Natur der §§ 55, 56 K.O. 241 (Vorb. 8 vor 53), 249 (55, 1), Kollision örtlicher Rechte 242 (Vorb 9 vor 53), Uebergangs-

Digitized by Google

recht 242 (Vorb. 10 vor 53), Aufrechnungsrecht eines Konkursgläubigers und des Verwalters 242 (53, 1), Wirkung der ... für den aufrechnenden Gläubiger 242 (53, 2), allgemeine rechtliche Voraussetzungen für die ... 242 (53, 3), Befugniß des Aufrechnungsberechtigten zur Anmeldung seiner Forderung 243 (53, 4), Verzicht des Aufrechnungsberechtigten auf das Aufrechnungsrecht 243 (53, 5), ... mit Forderungen nach § 63 Nr. 3, 4 K.O. 244 (53, 6), ... mit Naturalobligationen 244 (53, 6), ... mit Masseschulden 244 (53, 6), ... gegen mehrere Forderungen 244 (53, 7), spezielle rechtliche Voraussetzungen 245 ff. (54—56), ... mit oder gegen eine betagte Forderung 245 (54, 2), ... mit oder gegen eine auflösend bedingte Forderung 245 (54, 3), ... mit oder gegen eine aufschiebend bedingte Forderung 246 (54, 4), ... mit oder gegen eine illiquide Forderung 247 54, 5), ... mit oder gegen ungleichartige Forderungen 248 (54, 6), ... einer Masseschuld gegen eine Forderung zur Masse 250 (55, 4), ... einer Schuld zur Masse gegen eine aus der Masse zu zahlende Dividende 250 (55, 4), ... von Forderungen an den Gemeinschuldner gegen eine nach der Konkurseröffnung entstandene Forderung desselben 250 (55, 4), Unzulässigkeit der ... und Anfechtung 251 (55, 8), ... mit einer Forderung, die gleichzeitig mit der Gegenforderung durch dasselbe Rechtsgeschäft entstanden ist 251 (55, 9), ... durch einen ausländischen Schuldner mit einer durch Abtretung erworbenen Forderung 252 (56), ... im Feststellungsstreit 407 (146, 5), in der Zeit von der Aufhebung bis zur Wiederaufnahme des Verfahrens entstandene Aufrechnungsbefugnisse 509 (199, 1), ... der Genossen gegen die Nachschußforderung 529 (105, 4), ... im Nachlaßkonkurse 560 (Vorb. 7 b vor 214), Aufrechnungsbefugniß des Erben 582 (223, 2), reichsgesetzliches Uebergangsrecht 644 (10).

Aufschiebend bedingte Forderungen, Einfluß einer aufschiebenden Bedingung auf den Umfang der Masse 33 (1, 6), ... deren Erfüllung von einer Thätigkeit des Gemeinschuldners abhängig ist 49 (3, 7), 282 (67, 2), Erwerb eines Rechts an der Masse durch Eintritt einer aufschiebenden Bedingung 84 (15, 5), Aufrechnung mit ... 246 (54, 4a), Aufrechnung gegen ... 247 (54, 4b), Behandlung der ... im Konkursverfahren 281 (67), Unterschied zwischen Bedingung und Zeitbestimmung 281 (67, 1), Unterschied zwischen einer ... und einem an sich begründeten Recht auf Sicherstellung 282 (67, 3), Beispiele für ..282 f. (67, 4—8), Stellung des aufschiebend bedingt berechtigten Gläubigers 283 (67, 9), Umfang der dem aufschiebend bedingt berechtigten Gläubiger zu gewährenden Sicherung 284 (67, 10), Stimmrecht der ... 324 (96, 2 u. 3), Berücksichtigung von ... bei Abschlagsvertheilungen 435 (154, 2), — bei der Schlußvertheilung 436 (154, 3), Freiwerden der Antheile auf ... für die Schlußvertheilung 438 (156), Zurückbehaltung von Antheilen auf ... 461 (168), Zurückfließen von zur Sicherstellung eines bedingt zur Aufrechnung befugten Gläubigers hinterlegten Beträgen 465 (171).

Aufschiebende Bedingung s. aufschiebend bedingte Forderungen.

Aufsicht des Konkursgerichts über den Verwalter 308 (83), Ordnungsstrafen gegen den Verwalter, Amtsenthebung 309 (84).

Aufsichtsbehörde über Versicherungsanstalten 331 (103, 4).

Aufstellung erdichteter Schulden oder Rechtsgeschäfte 622 (239, 13).

Auftrag, Erlöschen eines vom Gemeinschuldner ertheilten ... 113 (23, 2), Wirkung des Erlöschens 126 (27, 2), 127 (27, 4).

Aufwand, Begriff und Subjekt des ... 627 (240, 3).

Aufwendungen, Ersatzanspruch des Erben wegen ... 581 (223), 582 (224).

Aufzeichnung der zur Masse gehörigen Gegenstände 358 (123, 1), Werthermittlung dieser Gegenstände 359 (123, 2), Form der ... 359 (123, 3), Unterlassung der ... 359 (123, 4), Unterschied der ... von dem Inventar 360 (124, 1).

Ausbleiben des Verwalters im Prüfungstermin 391 (141, 2 u. 3), 393 (141, 9), ... von Gläubigern im Prüfungstermin 393 (141, 9).

Auseinandersetzung des Gemeinschuldners mit Gemeinschaftsgenossen 89 (16), ... betreffend eine Vermächtnißnehmergemeinschaft 90 (16, 1), — eine Handelsgesellschaft 90 (16, 2), — eine eingetragene Genossenschaft 90 (16, 2), — eine Gütergemeinschaft 90 (16, 2), — den stillen Gesellschafter 90, 16, 3), sachliche Grundsätze der ... 90 (16, 4), ... betreffend eine Erbengemeinschaft 90 (16, 4), Verfahren der ... 90 (16, 5), Rechte der Ehefrau im Konkurse des Mannes 212 (45, 8).

Auseinandersetzungsbehörden, Gebühren der ... sind keine öffentlichen Abgaben 269 (61, 10).

Ausfall, verhältnißmäßige Befriedigung eines Absonderungsberechtigten aus der Masse in Höhe seines ... 276 (64), Stimmrecht auf Grund von Ausfallsforderungen 324 (96, 1 u. 3), Nachweis des ... im Vertheilungsverfahren 433 (153, 4), Glaubhaftmachung dieses ... 434 (153, 6), ... eines Genossenschaftsgläubigers im Konkurse der Genossenschaft 528 (105), 537 (122), 541 (128), 543 (141), ... eines Gesellschaftsgläubigers im Konkurse einer offenen Handelsgesellschaft 549 (212), — einer Kommanditgesellschaft 549 (212), — einer Kommanditgesellschaft auf Aktien 549 (212).

Ausfallsforderungen s. Ausfall.

Digitized by Google

Ausfallshaftung der Konkursmasse im Konkurse eines persönlich haftenden Gesellschafters für Gesellschaftsforderungen 550 (212, 3), Feststellung des Ausfalles 551 (212, 4).
Ausführungsgesetz zur K.O., preußisches 702 ff.
Ausgaben für Verwaltung, Verwerthung und Vertheilung der Masse s. Verwaltungskosten.
Ausgeschlossene Nachlaßgläubiger, Recht zum Antrag auf Nachlaßkonkurseröffnung 575 (219, 1), Begriff 575 (219, 2).
Ausgleichungsansprüche des Mitschuldners des Gemeinschuldners gegen diesen 282 (67, 4), Geltendmachung der aufschiebend bedingten ... eines Mitschuldners neben den unbedingten Ansprüchen des Gläubigers 282 (67, 5).
Auskunft, Verpflichtung des Gemeinschuldners zur ... 326 (100).
Auslagen des Konkursverwalters 258 (58, 4), ... des Gläubigerausschusses 258 (58, 4), Rangordnung der baaren . bei nichtausreichender Masse 262 (60), Anspruch des Verwalters auf Erstattung baarer ... 311 (85), Anspruch der Gläubigerausschußmitglieder auf Erstattung baarer ... 317 (91).
Ausland, Verhältniß der K.O. zum Ausland 13 (Einl. 4), 611 (237, 1), ausländische Konkursgläubiger 55 (5), ihre Stellung in Deutschland 56 (5, 2), Wiedervergeltungsrecht bezüglich der ausländischen Konkursgläubiger 56 (5, 3), Erwerb eines Absonderungsrechts durch einen Ausländer infolge Abtretung einer Konkursforderung an ihn 234 (50), Begriff des ... 235 (50, 2), Aufrechnung durch einen im ... wohnenden Schuldner infolge Abtretung einer Konkursforderung an ihn 252 (56), Einflußlosigkeit des ausländischen Konkursrechts auf die Rangordnung der Konkursgläubiger in einem deutschen Konkurse 266 (61, 1), kein Vorrecht auf Grund einer ausländischen Approbation 271 (61, 19), Beschwerdeverfahren für Konkurssachen in einem Konsulargerichtsbezirke 299 (73, 9), Zustellung im ... 336 (105, 7), ausländisches Urtheil als Titel nach § 146 Abs. 6 KO. 414 (146, 16), Wirkungen eines ausländischen Zwangsvergleiches 501 (193, 13), einheimische Rechtsverfolgung in das im Inlande befindliche Vermögen eines ausländischen Gemeinschuldners 611 (237, 2), Nationalität dieses Schuldners und seine Vertretungsmacht in Prozessen gegen ihn 622 (237, 3), 614 (238, 1), gegen den ausländischen Schuldner im Inlande geltend zu machende Forderungen 612 (237, 5), Wirkung der Konkurseröffnung im ... auf einen im Inland schwebenden Prozeß 613 (237, 6), Staatsverträge deutscher Staaten mit dem ... betreffend Konkurse 613 (237, 7), Einfluß des ausländischen Konkurses auf einen inländischen Konkurs 615 (238, 7).
Ausländer s. Ausland.
Auslegung, Begriff 15 (Einl. 5).
Ausschlagung einer Erbschaft durch den Gemeinschuldner 68 (9, 1).
Ausschließliche Zuständigkeit des Amtsgerichts für das Konkursverfahren 291 (71).
Ausschließung von Richtern 294 (72, 2).
Ausschluß der Geltendmachung gewisser Forderungen 275 (63), Wirkung dieses ... 275 (63, 1), ... unbekannter Massegläubiger 465 (172), Ausschlußzeiten und Wirkung bei der Abschlagsvertheilung 466 (172, 3a), — bei der Schlußvertheilung 466 (172, 3b), — bei der Nachtragsvertheilung 466 (172, 3c), ... von Nachlaßgläubigern vom Zwangsvergleich 569 (216, 5).
Ausschlußfrist für die Konkursanfechtung 194 (41, 1), Wirkung 195 (41, 2), Erhaltung der Einreden 195 (41, 3), Bestimmung 195 (41, 4), Berechnung 195 (41, 5), ... zur Führung des Nachweises streitiger Forderungen 430 (152, 6), Wirkung dieser ... 432 (152, 10), sonstige Bedeutung der ... im Vertheilungsverfahren 432 (153), 436 (155), 438 (157), 439 (158), 443 (160), ... für die Anfechtung außerhalb des Konkurses 695 (12, 1), Beginn dieser Frist 695 (12, 3), Dauer dieser Frist 696 (12, 4), Wahrung dieser Frist 696 (12, 6).
Ausschuß s. Gläubigerausschuß.
Ausschüttung s. Vertheilungsverfahren.
Aussetzung einer Abschlagsvertheilung 443 (160), Voraussetzungen 443 (160, 1), Zustellung des Beschlusses und Beschwerde 443 (160, 2), Wirkung 444 (160, 3), ... der Auszahlung von Dividenden 461 (168).
Aussonderung, Aufnahme anhängiger Prozesse über einen Aussonderungsanspruch 74 (11), Behandlung im 4. Titel des 1. Buchs der K.O. 196 ff. (43 ff.), maßgebendes Recht 197 (43), Gegenstand der ... 197 (43, 1), Voraussetzung der ... 198 (43, 2 u. 3), dinglicher Anspruch auf ... 198 (43, 4), persönlicher Anspruch auf ... 199 (43, 5), ... fiduciarisch übereigneter Gegenstände 200 (43, 5), ... von Kommissionsgütern 200 (43, 5), materieller Inhalt des Aussonderungsanspruches 201 (43, 6), formelle Geltendmachung 201 (43, 7), ... des Nießbrauches an einem Vermögen oder Nachlaß 202 (43, 8), ... der ehelichen Nutznießung am eingebrachten Gute 203 (43, 8), ... bei Waarentransporten (Verfolgungsrecht) 203 (44), allgemeiner Grundsatz des Verfolgungsrechts 204 (44, 1 u. 2), Voraussetzungen des Verfolgungsrechts 205 ff. (44, 3—8), seine Wirkung 207 (44, 9), Verfolgung gegen Dritte 207 (44, 10), juristische Natur des Verfolgungsrechts 208 (44, 10), Schadensersatzforderung des Absenders neben dem Verfolgungsrecht 209 (44, 11), prozessuale Geltendmachung des Verfolgungsrechts 209 (44, 12), Wahlrecht des Verwalters auf Erfüllung des Kaufgeschäfts 209 (44, 13), Recht der Ehefrau auf ... der von ihr in

Digitized by Google

der Ehe erworbenen Gegenstände 210 (45), insbesondere auch der vom Manne als Ergänzung angeschafften Haushaltungsgegenstände 211 (45, 5), ... durch die Rechtsnachfolger der Ehefrau 212 (45, 9), Ersatzaussonderung bei Veräußerung eines Aussonderungsgegenstandes durch den Verwalter 214 (46), Begriff und Voraussetzung der Ersatzaussonderung 214 ff. (46, 1—7), Anspruch auf die Gegenleistung bei Ersatzaussonderung 216 (46, 8 u. 10), Aussonderungsrecht des Kommissionärs nach Handelsrecht 216 (46, 9), neben der Ersatzaussonderung dem Aussonderungsberechtigten zustehende Rechte 216 (46, 11 u. 12), Verhältniß der Aussonderungsberechtigten zu den Massegläubigern 254 (57, 1 u. 2), Verhältniß der bevorrechtigten Gläubiger zu den Aussonderungsberechtigten 273 (61, 24), Anerkennung eines Aussonderungsanspruches durch den Verwalter 376 (133), Sicherung der Aussonderungsansprüche im Vertheilungsverfahren 492 (149, 3), 428 (151, 13), ... des Nachlasses im Erbenkonkurse 606 (234, 4), Uebergangsbestimmungen 642 (8).

Aussonderungsansprüche s. Aussonderung.

Aussonderungsberechtigte Gläubiger s. Aussonderung.

Ausstattung, Anfechtbarkeit von ... 166 (32, 5 u. 10), Charakter des Anspruches auf ... 276 (63, 5).

Aussteuer, Charakter des Anspruches auf ... 276 (63, 5).

Auszahlung des Vertheilungsbetrags 461 (167).

Außergerichtliche Verhandlungen des Gemeinschuldners über die Behandlung der Gläubiger beim privaten Vergleich 480 (181, 7).

Auszug aus der Tabelle 404 (146).

Auszugsweise Einrückung öffentlicher Bekanntmachungen in die Blätter 300 (76).

B.

Baden, die alte Badische KO. 4 (Einl. 4).

Bankerutt, Einfluß auf den Zwangsvergleich 506 (197), Begriff 617 (239, 1), Zusammenhang zwischen den Bankeruttshandlungen und der Zahlungsunfähigkeit 617 (239, 2), Thatbestandsmerkmale 618 (239, 3), Vollendung 619 (239, 4), Zusammentreffen mehrerer Bankeruttshandlungen 619 (239, 5), Begehungsort 619 (239, 6), Verjährung 620 (239, 7), Subjekt 620 (239, 8), Zahlungseinstellung und Konkurseröffnung 620 (239, 9), Versuch und Theilnahme 621 (239, 10), betrüglicher ... (s. auch daselbst) 621 ff. (239, 11—21), einfacher ... (s. auch daselbst) 625 (240), Verhältniß des ... zu der Gläubigerbegünstigung 631 (241, 1).

Bankotenin haber, Pfand- und Vorzugsrechte 645 (12).

bankruptcy act, Akkord und Entlastung nach der englischen ... 612 (237, 5).

Baukrankenkassenbeiträge s. Krankenkassenbeiträge.

Bauunternehmer, Absonderungsrecht 233 (49, 17).

Bayern, Bayerische K.O. 4 (Einl. 1).

Beamte als Schuldner 40 (1, 19), Vorrechtsforderung eines Privatbeamten 267 (61, 4)

Bedingte Absonderungsansprüche, Fälligkeit 434 (153, 5).

Bedingte Forderungen s. aufschiebend oder auflösend bedingte Forderungen.

Bedingter Zwangsvergleich, Unzulässigkeit 493 (190, 1), 504 (195).

Bedingung, Unterschied zwischen ... und Betagung 279 (65, 1), s. auch auflösend und aufschiebend bedingte Forderungen.

Beerdigungskosten des Gemeinschuldners 258 (58, 5), des Erblassers im Nachlaßkonkurs 583 (224, 3).

Befrachter, Pfandrecht 233 (49, 19).

Befriedigung der Absonderungsberechtigten 53 (4), 217 ff (47 ff.), Anfechtung der ... von Gläubigern 142 (30), ... des Gemeinschuldners von seinen Schuldnern 150 (30, 16), Aufrechnung mit einer durch ... eines Gläubigers erworbenen Forderung an den Gemeinschuldner 248 (55 Ziff. 3), ... der Masseansprüche 253 ff. (57 ff.), ... der Konkursgläubiger 421 ff. (149 ff.), ... der bevorrechtigten Gläubiger 464 (170), Angabe der .. der Gläubiger im Zwangsvergleichsvorschlag 472 (174, 2), ... der Gläubiger beim Zwangsvergleich 502 (194), Bestrafung der Gewährung einer unzulässigen Befriedigung an einen Gläubiger 633 (241, 8), ... bei Anfechtung außerhalb des Konkurses 672 (3).

Befristete Forderungen s. betagte Forderungen.

Befristung, Fälligkeit betagter Absonderungsansprüche 434 (153, 5), Zufügung einer ... beim Zwangsvergleich 493 (190, 1). 504 (195).

Begehungsort für die Strafthat des Bankeruttes 619 (239, 6).

Beglaubigung der Zustellungen 294 (72, 2), 301 (77).

Begünstigung eines Konkursgläubigers als Anfechtungsgrund 142 (30), Begünstigungsabsicht bei einer anfechtbaren Rechtshandlung 157 (30, 38), ... eines Gläubigers, Berücksichtigung im Zwangsvergleichsverfahren 491 (188, 4), Bestrafung der .. eines Konkursgläubigers 631 (241), Verhältniß der Gläubigerbegünstigung zum Bankerutt 631 (241, 1), Subjekt der Strafthat der Gläubigerbegünstigung 631 (241, 2), Voraussetzungen der Strafbarkeit 632 ff. (241, 3—10), die Voraussetzung der Zahlungsunfähigkeit 632 (241, 3 u. 4), die Voraussetzung der Kenntniß davon auf Seiten des Gemeinschuldners 632 (241, 5), die Voraussetzung

Digitized by Google

der Begünstigungshandlung 632 f. (241, 6—9), Inhalt einer strafbaren Gläubigerbegünstigungshandlung 632 (241, 6), die Gläubiger, deren ... in Betracht kommen kann 632 (241, 7), Art der Herbeiführung der ... 633 (241, 8 u. 9), die Voraussetzung der Begünstigungsabsicht 633 (241, 10), Theilnahme eines Dritten an der Gläubigerbegünstigung 634 (241, 11), über die Strafzumessung 634 (241, 12), Begünstigungsabsicht bei dem Konkursbetrug 635 (242, 3).

Begünstigungsabsicht s. Begünstigung.

Begünstigungshandlung s. Begünstigung.

Behörden, Natur der Gebühren von ... 661 (69, 10).

Beihülfe zum einfachen Bankerutt 626 (240, 1).

Beiseiteschaffung von Vermögensstücken 622 (239, 12), 635 (242, 5).

Bekanntmachung, öffentliche ... 300 (76), Zeitpunkt der Bewirkung der ... 300 (76, 2), öffentliche ... als Zustellung 301 (76, 3), besondere Zustellung neben der öffentlichen ... 301 (76, 4), 346 (111), öffentliche ... des Namens des Verwalters 306 (81, 1), — der Berufung der Gläubigerversammlung 320 (93, 5), — des Gegenstandes der Berathung in der Gläubigerversammlung 325 (98), — des Veräußerungsverbots 339 (106, 5), — der Konkurseröffnung 346 (111), — des offenen Arrestes 346 (111), — der Anmeldefrist 346 (111), — der bei der Konkurseröffnung anzuberaumenden Termine 346 (111), — der besonderen Prüfungstermine 394 (142, 1), — des Vertheilungsverzeichnisses 427 (151, 12), — der Konkursaufhebung 450 (163), — beim Zwangsvergleich 476 (179), — der Wiederaufnahme des Verfahrens 508 (198), — der Einstellung des Verfahrens 517 (205).

Benachrichtigung der Behörden von der Konkurseröffnung 347 (112), 356 (121).

Benachtheiligung von Konkursgläubigern als Voraussetzung der Anfechtung 134 (29, 5), Zeitpunkt der ... 135 (29, 6), ...durch Eingehung eines Rechtsgeschäfts 149 (30, 15), Zeitpunkt der ... hierbei 149 (30, 15), Benachtheiligungsabsicht 158 (31, 1 u. 2), Kenntniß dieser Absicht bei dem anderen Theil 159 (31, 3), Zeitpunkt der Kenntniß im Falle des § 31 Ziff. 1 K O. 161 (31, 8), — des § 31 Ziff. 2 K O. 162 (31, 13), Bedeutung der Benachtheiligungsabsicht eines Schuldners 617 (239, 1), 626 (240, 1), das Vorhandensein dieser Absicht bei der Gläubigerbegünstigung 633 (241, 10), ... der Gläubiger bei der Anfechtung außerhalb des Konkurses 673 (3, 3).

Benachtheiligungsabsicht s. Benachtheiligung.

Beneficium competentiae des Gemeinschuldners 452 (164, 1).

Berechnung betagter Forderungen 279 (65), ... von Forderungen ohne Geldbetrag 286 (69), — von unbestimmtem Betrage 286 (69), — von unbestimmter Zeitdauer 286 (69).

Bereicherungsanspruch des Gegenkontrahenten des Gemeinschuldners bei einer nach der Konkurseröffnung vorgenommenen Rechtshandlung 61 (7), 65 (7, 11), ... des Anfechtungsgegners 185 (38, 1), ... Verhältniß zum Anfechtungsanspruch 185 (38, 2), Gegenstand des ... 186 (38, 3), Ansprüche aus einer rechtlosen Bereicherung der Masse 261 (59, 6).

Bereicherungsklage eines Konkursgläubigers, des Verwalters, des Gemeinschuldners nach vollzogener Schlußvertheilung 449 (162, 7), 456 (164, 8).

Bergungskosten, gesetzliches Pfandrecht wegen ... 233 (49, 19).

Berichterstattung des Verwalters an den Gläubigerausschuß 316 (88), 375 (132), — in der Gläubigerversammlung 374 (131), 375 (132).

Berichtigung der Eintragung des Prüfungsergebnisses in die Tabelle 400 (145, 2), ... des Vertheilungsverzeichnisses 439 (158).

Berufsgenossenschaften, Vorrecht der ... 270 (61, 16).

Berufung der Gläubigerversammlung 319 (93).

Bescheinigung über die Ernennung des Verwalters 306 (81).

Beschlagnahme eines Gegenstandes des unbeweglichen Vermögens 79 (13, 2), ... von zoll- und steuerpflichtigen Sachen 225 (49 Ziff. 1), 227 (49, 5), ... der Korrespondenz des Gemeinschuldners 356 (121, 1 u. 2), Gegenstand dieser ... 357 (121, 2), Rechte des Gemeinschuldners dabei 357 (121, 3), Aufhebung dieser ... 357 (121, 4), preußische Übergangsbestimmungen betreffend die durch ... erworbenen Vorzugsrechte 707 (24).

Beschluß des Gerichts ohne mündliche Verhandlung 294 (73), des Gerichts wegen Ordnungsstrafen gegen den Verwalter 309 (84), ... des Gläubigerausschusses 317 (90), ... der Gläubigerversammlung 321 (94), ... des Gerichts über die Konkurseröffnung 341 ff. (108 f.), — über die Konkursaufhebung 450 (163), — beim Zwangsvergleich 487 (185), — über die Wiederaufnahme des Verfahrens 508 (198), — über die Einstellung des Verfahrens 515 (203).

Beschränkungen des Gemeinschuldners in Preußen 713 (51—53).

Beschwerde, sofortige ... (s. auch daselbst) 295 (73), gewöhnliche ... 297 (73, 6), Beschwerdefrist 298 (73, 7), Beschwerdeberechtigte 298 (73, 8), ... bei Konsulargerichten 299 (73, 9), ... gegen die Festsetzung der Auslagen und Vergütung des Verwalters 312 (85, 5), ... gegen die Zeitangabe im Eröffnungsbeschluß 343 (108, 4), ... gegen den Eröffnungsbeschluß 343 (109), 573 (217, 8), ... gegen eine Ab-

Digitized by Google

schlagsvertheilung 349 (158), ... gegen den Beschluß betr. Bestätigung oder Verwerfung des Zwangsvergleichs 492 (189), ... gegen den Einstellungsbeschluß 515 (203).
Beschwerdefrist s. Beschwerde.
Beschwerdegericht, Wirksamkeit der Entscheidungen des ... 299 (74).
Besitz der Konkursmasse durch den Verwalter 352 (117, 1 u. 2), Anzeigepflicht für Personen, die einen Massegegenstand in ... haben 354 ff. (118 f.), Verwerthung von Absonderungsgegenständen, die im ... des Absonderungsberechtigten sind 368 (127, 5).
Besondere Bestimmungen über das Verfahren, Behandlung im 8. Titel d. 2. Buchs 518 ff. (207 ff.).
Besondere Gerichte, Geltendmachung von Forderungen vor ... 409 (146, 8).
Bestallung des Verwalters 307 (81, 2), ... als Legitimation im Prozeß 378 (133, 6).
Bestandtheile, Erwerb von ... eines Massegegenstandes nach der Konkurseröffnung 85 (15, 8).
Bestätigung, des Zwangsvergleichs s. Bestätigungsverfahren.
Bestätigungsverfahren beim Zwangsvergleich, Anhörung der Betheiligten 486 (184), Bekanntmachung des bestätigenden oder verwerfenden Beschlusses 487 (185), Verwerfung des Vergleiches von Amtswegen auf Grund gesetzlichen Zwanges 487 (186), 489 (187 Satz 1), — auf Grund freien Ermessens des Gerichts 489 (187 Satz 2), — auf Antrag eines nicht bevorrechtigten Konkursgläubigers 491 (188), Beschwerdeverfahren 492 (189).
Bestellung des Verwalters 302 (78).
Bestrafung wegen betrüglichen Bankerutts 617 (239), wegen einfachen Bankerutts 631 (240, 15), wegen Gläubigerbegünstigung 631 (241), wegen Konkursbetrug 634 (242), wegen Stimmenkaufs 636 (243), Ausdehnung der Strafvorschriften auf die Vorstandsmitglieder und Liquidatoren einer Handelsgesellschaft 637 (244).
Bestreitung von Konkursforderungen 396 (144), 399 (145), 404 (146).
Bestreitungsrecht des Erben im Prüfungsverfahren 558 (Vorb. 4 vor 214), ... mehrerer Erben 559 (Vorb. 5 vor 214).
Bestrittene Forderungen, gleichartige Behandlung wie bedingte Forderungen 247 (54, 5).
Betagte Forderungen, Aufrechnung gegen eine ... des Gemeinschuldners 246 (54, 2a), Aufrechnung mit einer ... eines Gläubigers 246 (2b), ... der Reichskasse u. s. w. wegen öffentlicher Abgaben 269 (61, 11), Behandlung von ... im Konkursverfahren 279 (65), Unterschied zwischen Betagung und Bedingung 279 (65, 1), Geltungsbereich des § 65 KO. 279 (65, 2), Feststellung des Werthes einer betagten unverzinslichen Forderung 280 (65, 3—5).
Betreibung der Veräußerung von Absonderungsgegenständen 434 (153, 5).
Betriebskrankenkassenbeiträge s. Krankenkassenbeiträge.
Betrug als Anfechtungsgrund 158 (24), Einfluß des ... des Gemeinschuldners auf den Zwangsvergleich 504 (196), ... beim Bankerutt s. betrüglicher Bankerutt.
Betrüglicher Bankerutt, gerichtliche Untersuchung gegen den Gemeinschuldner wegen ... 474 (175, 3), rechtskräftige Verurteilung des Gemeinschuldners wegen ... vor Abschluß eines Zwangsvergleiches 474 (175, 4), — nach abgeschlossenem Zwangsvergleich 506 (197, 1), Sicherheitsmaßregeln gegen den Gemeinschuldner wegen drohender Verurtheilung 506 (197, 2), über die Gläubigerbenachtheiligungsabsicht 621 (239, 11), die einzelnen Bankerutthandlungen 622 ff. (239, 12—21).
Bevollmächtigte s. Vertreter.
Bevorrechtigte Forderungen, Ziel der Konkursordnung auf Beseitigung der Vorrechte 264 (Vorb. 1 vor 61), Regelung der Vorrechte im 8. Titel des 1. Buches 264 ff. (61 ff.), Rangordnung der bevorrechtigten Gläubiger 265 (61), zwingende Natur der Rangordnung 266 (61, 2), Zulässigkeit der Uebertragung der Vorrechte 267 (61, 3), Lohnforderungen u. s. w. 267 (61, 4—7), Forderungen der Reichskasse u. s. w. wegen öffentlicher Abgaben 268 ff. (61, 8—13), Verhältniß des Vorrechts zum Absonderungsrecht 270 (61, 13), Forderungen der Kirchen, Schulen u. s. w. wegen Abgaben und Leistungen 270 (61, 14—18), Kur- und Pflegekosten 271 (61, 19), Forderungen der Kinder, Mündel u. s. w. 272 (61, 20—26), Verhältniß des Vorrechts zum Aussonderungsrecht 273 (61, 24), Aufnahme der ... ins Vertheilungsverzeichniß 427 (151, 10), Berücksichtigung von ... bei Abschlagsvertheilungen 442 (159, 4), Zahlungen auf ... vor der Vertheilung 464 (170), kein Recht auf frühere Auszahlung 465 (170, 3), Ausschluß von der Theilnahme am Zwangsvergleich 471 (173, 4), Einfluß des Zwangsvergleiches auf ... 500 (193, 5), Vollstreckung von ... nach vorangegangenem Zwangsvergleich 503 (194, 3), Stellung der bevorrechtigten Gläubiger im wiederaufgenommenen Konkursverfahren 510 (200, 2), ... bei Unzulänglichkeit der Masse 516 (204), s. auch Vorrechtsgewährung.
Bevorrechtigte Gläubiger s. bevorrechtigte Forderungen.
Bevorzugung s. Begünstigung.
Bewegliche Sachen, Absonderungsrecht auf Grund eines Pfandrechts an einer ... 221 (40), Verwerthung eines beweglichen Absonderungsgegenstandes 366 (127).
Beweislast bei Leistungen an die Masse 66 (7, 13), ... bei Anfechtungen aus § 30 Nr. 1 Satz 1 u. 2 KO. 150 (30, 17), — aus § 30 Nr. 2 KO. 157 (30, 39), — aus

Digitized by Google

§ 31 Nr. 1 KO. 160 (31, 6), — aus § 31 Nr. 2 KO. 162 (31, 14 u. 16), ... für den Erwerb der Ehefrau während der Ehe 214 (45, 13), ... bezüglich der Frage des Nachweises der Zulässigkeit der Aufrechnung 252 (55, 11 u. 13), ... beim Erlasse eines Veräußerungsverbotes 338 f. (106, 4—6), ... beim offenen Arrest 354 (118, 1).

Beweismittel bei Anfechtungen 157 (30, 39), 163 (31, 14), Anwendung der Bestimmungen der C.P.O. über die ... 294 (72, 1), ... für die Zahlungsunfähigkeit und Zahlungseinstellung 329 (Vorb. vor 102), ... für den Eröffnungsantrag 322 (104), ... zur Anmeldung von Forderungen 385 (139).

Bewirthschaftungskosten für Gegenstände der Konkursmasse 258 (58, 4).

Bewirthung, gesetzliches Pfandrecht des Gastwirths für seine Forderung gegen den Gast aus dessen ... 233 (49, 18), Verhältniß der Ausgaben für Bewirthung von Geschäftsfreunden zum Aufwand 627 (240, 3).

Bezüge, Schätzung von ... 287 (70).

Bilanz der Konkursmasse 359 (124), Niederlegung auf der Gerichtsschreiberei 360 (124, 2), Bestrafung bei Unterlassung der ... 625 (240 Ziff. 4), Begriff, Zweck und Form der ... 630 (240, 14).

Bona fides s. guter Glaube.

Börsenpapiere, Lieferung von ..., Eintritt der Lieferungszeit erst nach der Konkurseröffnung 99 (18), Hinterlegung von ... 373 (129, 6), Differenzhandel mit ... 625 (240 Ziff. 1), Begriff der ... 627 (240, 5).

Börsenpreis, Lieferung von Waaren mit einem ... 99 (18).

Böser Glaube s. guter Glaube.

Brandversicherung, Vorrecht für die Beiträge öffentlicher Anstalten 271 (61, 17).

Bremen, früheres Konkursrecht 4 (Einl. 1).

Briefe für den Gemeinschuldner 356 (121).

Briefkopirbuch, Bedeutung der Unterlassung der Führung eines .. 630 (240, 13).

Briefsperre, Befugniß des Konkursgerichts zur Anordnung der ... 356 (121).

Bücher des Verwalters 316 (88), Schließung der ... des Gemeinschuldners 357 (122), s. auch Handelsbücher.

Büchereinsicht, Einsichtnahme der Gläubigerausschußmitglieder in die Bücher des Verwalters 316 (88).

Buchführung, Unterlassung der ... durch den Gemeinschuldner 624 (239, 20), 628 f. (240, 10 u. 11), mangelhafte ... des Gemeinschuldners 625 (239, 21), 630 (240, 13), Zweck und Form der ... 630 (240, 13).

Büdner- und Häuslerrecht als Gegenstand der Immobiliarabsonderung 218 (47, 3).

Bundesrath, Zustimmung des ... zur Ausübung des Vergeltungsrechts gegen ausländische Gläubiger 55 (5), — zum Verbot der Zwangsvollstreckung in das inländische Vermögen eines ausländischen Gemeinschuldners 613 (237, 7).

Bürge, Aufrechnung mit seiner aufschiebend bedingten Regreßforderung gegen den Hauptschuldner 243 (53, 3), 247 (54, 4b), Zeitpunkt der Entstehung dieser Regreßforderung 251 (55, 6), Voraussetzung für die Geltendmachung der seit Eröffnung des Konkurses aufgelaufenen Zinsen 275 (63, 2), Behandlung der Regreßansprüche des Bürgen gegen den Gemeinschuldner 282 (67, 4 u. 5), das Verhältniß des Gläubigers zum ... des Gemeinschuldners 283 (67, 6), die Verhältnisse der ... unter einander 283 (67, 6), der Gemeinschuldner als ... 283 (67, 7), Ersatz- oder Befreiungsanspruch eines ... nach der Konkursbeendigung 283 (67, 8), Stimmrecht eines Gläubigers, der sich für die Erfüllung des Zwangsvergleiches verbürgt 482 (182, 4), Einfluß des Zwangsvergleiches auf die Stellung der ... eines Gemeinschuldners 501 (193, 11), Zwangsvollstreckung gegen den Vergleichsbürgen 503 (194, 5), des Sicherungsanspruches des ... im Verhältniß zur Gläubigerbegünstigung 633 (241, 9).

Bürgerliche Rechte des Gemeinschuldners, Einfluß der Konkurseröffnung auf die ... 511 (Vorb. 2 vor 202), Einfluß der Konkursaufhebung auf die ... 511 (Vorb. 2 vor 202).

Bürgschaft, Einfluß der Konkurseröffnung auf die ... 121 (25, 4).

Buße, Anspruch auf ... als Bestandtheil der Masse 37 (1, 12), Charakter der ... 276 (63, 4), Auffassung eines eine ... zuerkennenden Strafgerichtsurtheils 416 (146, 21).

C.

Carpzow'sche Methode zur Berechnung des Zwischenzinses 280 (64, 4).

Caution s. Sicherheitsleistung

Celle, besondere Uebergangsbestimmungen 704 (11), 712 (47), 714 (55).

Cessio bonorum, Einleitung des altrömischen Konkurses 1 (Einl. 1), Aufhebung der Vorschriften der Landesgesetze über das Institut der ... 641 (4).

Cession s. Abtretung.

Cessionar, Regreßansprüche des ... gegen den Gemeinschuldner 282 (67, 4).

Civilprozeßordnung, Verhältniß zur Auslegung der K.O. 15 (Einl. 5), Anwendung ihrer Bestimmungen 293 (72, 2).

Competenz s. Kompetenz.

Constitutum possessorium s. Uebergabe.

Conventionalstrafe s. Konventionalstrafe.

Cridar s. Gemeinschuldner.

Curator, seine Stellung im älteren Konkursverfahren 2 (Einl. 1).

D.

Dampfwaschanstalten, Kaufmannseigenschaft des Inhabers 522 (239, 14).

Dänemark, das dänische Konkursrecht 4 (Einl. 1).

Darlehen, Einfluß der Konkurseröffnung auf ein dem Gemeinschuldner gegebenes

Digitized by Google

Darlehnsversprechen 120 (25, 4), Aufrechnung einer Konkursforderung gegen ein vom Verwalter gegebenes ... 249 (55, 2), Aufnahme eines ... für die Masse durch den Verwalter 380 (134, 2)
Debitverfahren, Aufhebung der Vorschriften der Landesgesetze über das ... 641 (4).
Deckung, Begriff der kongruenten ... 152 (30, 22 f.), Begriff der inkongruenten ... 153 (30, 24 ff), inkongruente .. als Thatbestandsmerkmal der Gläubigerbegünstigung 633 (241, 9).
Defekte aus Verwaltungen, kein Vorrecht für ... 269 (61, 9).
Deichverbände, Vorrecht der ... 270 (61, 16).
Depeschen, Aushändigung von an den Gemeinschuldner gerichteten ... an den Verwalter 356 (121).
Deputatforderungen s. Lohnforderungen.
Descendenten, Unterhaltsansprüche im Nachlaßkonkurs 588 (226, 3).
Deutsches älteres Konkursverfahren 1 (Einl. 1).
Deutsches Reich, Staatsverträge mit Oesterreich und Rußland betr. Konkursrecht 613 (237, 7).
Diätenforderungen s. Lohnforderungen.
Dienstbehörde des Gemeinschuldners, Mittheilung von der Konkurseröffnung 347 (112), 452 (163, 5).
Dienstbezüge, Vorrecht für ... 265 (61 Ziff. 1).
Dienstbezugsforderungen s. Lohnforderungen.
Dienstboten, Vorrechtsforderungen der ... 267 (61, 4).
Diensteinkommen, Befreiung von der Zwangsvollstreckung 34 (1, 8), 35 (1, 10), ... des Gemeinschuldners nach der Konkurseröffnung 40 (1, 19), Einfluß der Konkurseröffnung auf das ... 110 (22), Vorrecht des ... 265 (61 Ziff. 1), Heranziehung von ... zur Masse 427 (151, 9).
Dienstlohn s. Diensteinkommen.
Dienstverhältniß im Haushalt des Gemeinschuldners 110 (22), 111 (22, 4), früheres Recht 110 (22, 1), Antritt 112 (22, 6), Kündigung 112 (22, 7), Frist dazu 112 (22, 8), Uebergangsrecht 112 (22, 10), Fortsetzung nach der Konkurseröffnung 125 (26, 10).
Dienstvertrag, Erlöschen durch die Konkurseröffnung 113 (23), Ersatzansprüche wegen Erlöschens 126 (27, 2), 127 (27, 4), Ansprüche aus noch nach der Konkurseröffnung laufenden ... 260 (59, 4).
Differenzgeschäfte bei Eintritt der Lieferungszeit erst nach der Konkurseröffnung 99 (18), Verbrauch übermäßiger Summen durch Differenzhandel 625 (240 Ziff. 1), Begriff des ... 627 (240, 5).
Dingliches Recht, Aussonderung auf Grund eines ... 196 ff. (43 ff.), abgesonderte Befriedigung auf Grund eines ... 217 ff. (47 ff.).
Direkte Steuern, Absonderungsrecht wegen ... 227 (49, 5).
Direktor einer Aktiengesellschaft, Vorrechtsforderung wegen Honorars 267 (61, 4).
Distributionsverfahren s. Vertheilung.
Dividende, Aufrechnung einer Schuld zur Masse gegen eine aus der Masse zu zahlende ... 250 (55, 4).
Dolus bei Anfechtungen 146 ff. (30, 10 bis 13), 157 (30, 38), bei Abtretung von Forderungen an Ausländer 234 (50), als Grund zur Anfechtung des Zwangsvergleichs 504 (196), s. auch guter Glaube.
Droit de suite s. Verfolgungsrecht.
Drucksachen, über das Verhältniß der Ausgaben für ... zum Aufwand 627 (240, 3).

E.

Ehefrau, Nießbrauch des Gemeinschuldners an ihrem Vermögen 44 (1, 27), Stellung im Konkurse ihres Mannes bei allgemeiner Gütergemeinschaft 46 (2 Abs. 1), — bei Errungenschaftsgemeinschaft 46 (2 Abs I), — bei Fahrnißgemeinschaft 46 (2 Abs. 1), Konkurs über das Vermögen der ... 46 (2 Abs. II), Stellung der .. bei fortgesetzter Gütergemeinschaft 46 (2 Abs. III), Auseinandersetzung mit dem Gemeinschuldner 90 (16, 2), 212 (45, 8), 237 (51, 5), Anfechtung gegen die ... 158 (31), 164 (32), 189 (40), Aussonderungsrecht im Konkurse des Ehemannes 210 (45), aussonderungsfähiges Gut 211 (45, 3), Haftung für Schulden des Ehemannes 212 (45, 6), Aussonderungsbefugnisse der Rechtsnachfolger der .. 242 (45, 9), Abschluß von Rechtsgeschäften mit dem Ehemann 213 (45, 11), Absonderungsrecht der ... 237 (51, 5), Aufrechnung von Schulden und Forderungen der ... durch ihren Mann 243 (53, 3), Vorrecht der ... 264 (Vorb 1 vor 61), 649 (13), 706 f. (19 ff.), Rechtsstellung einer ... als Erbin im Nachlaßkonkurse 574 (218, 1), 577 (219, 6), 606 (234, 6), die landrechtlich gütergemeinschaftliche ... bei Gläubigerbegünstigung durch ihren Mann 634 (241, 11), reichsgesetzliche Uebergangsbestimmungen 649 (13), preußische Ausführungsbestimmungen 706 f. (19 ff).
Ehegatten, Einfluß des Konkurses auf die ehelichen Güterverhältnisse 44 (1, 27), 46 (2), 90 (16, 2), 212 (45, 8), 237 (51, 5), entgeltliche Verträge des Gemeinschuldners mit seinem ... 161 ff. (31, 9—14), 163 (31, 16), unentgeltliche Verfügungen des Gemeinschuldners zu Gunsten seines ... 166 (32, 6), Rechtsnachfolger eines ... 189 (40), Absonderungsrecht eines ... 237 (51, 5), der ... des Gemeinschuldners bei der Abstimmung im Vergleichstermin 454 f. (183, 1 u. 2), der ... bei der Abstimmung als Mitinhaber einer Gesammtforderung 485 (183, 3), die Cessionare des ... bei der Abstimmung im Vergleichs-

Digitized by Google

termin 485 f. (183, 4 u. 5), Unterhaltsansprüche im Nachlaßkonkurs 588 (2 6, 3).
Ehegüterrecht, Einfluß der Konkurseröffnung auf das ... 120 (25, 4), Anfechtbarkeit eines Wechsels 675 (3, 8).
Ehemann, Wirkung des Konkurses über sein Vermögen hinsichtlich des Vermögens der Ehefrau 46 (2), Aussonderungsanspruch im Konkurse der Frau 212 (45, 7), Verwaltungs- und Nießbrauchsrecht des ... als Gemeinschuldners im Nachlaßkonkurse 557 (Vorb 2 vor 214), Rechte des ... einer Erbin im Nachlaßkonkurse 574 (218, 2), 606 (234, 6).
Ehrenbreitstein, besondere Ausführungsbestimmungen 703 (4), 705 (14).
Ehrenrechte des Gemeinschuldners, Einfluß der Konkurseröffnung auf die ... 61 (6, 7), 511 (Vorb. 2 vor 202), Einfluß der Konkursaufhebung auf die ... 511 (Vorb. 2 vor 202).
Eid, über die Zahlungseinstellung 146 (30, 9), 150 (30, 17), über die Kenntniß von der Zahlungseinstellung 150 (30, 17), über die Begünstigungsabsicht 157 f. (30, 38—39).
Eigenthum als Grundlage der Aussonderung 197 (43, 1).
Eigenthümergrundschuld, Rechte auf abgesonderte Befriedigung auf Grund einer ... 220 (47, 8).
Eigenthümerhypothek, Recht auf abgesonderte Befriedigung auf Grund einer ... 220 (47, 8).
Einfacher Bankerutt, Natur dieser Strafthat und Voraussetzungen für die Strafbarkeit 626 (240, 1), Beihülfe zum ... 626 (240, 1), Bankerutthandlungen 627 ff. (240, 2—14), Strafsatzung 631 (240, 15).
Einfluß des Zwangsvergleiches auf die Rechte der Faustpfand-, Hypotheken-, Grund- und Rentenschuldgläubiger 497 (193), auf den Grund der Konkursforderungen 497 (193, 1), auf den Umfang der Konkursforderungen 498 (193, 2), auf nach dem Schätzungswerthe geltend gemachte Forderungen 498 (193, 3), auf Forderungen aus zweiseitigen Verträgen 499 (193, 4), auf Forderungen aus § 63 K.O. 499 (193, 6), auf die Kosten des Vergleichsverfahrens 500 (193, 7), auf Masseansprüche 500 (193, 8), auf Vorrechtsforderungen 500 (193, 9), auf Rechte auf abgesonderte Befriedigung 500 (193, 10), auf die Rechte der Gläubiger gegen Mitschuldner und Bürgen des Gemeinschuldners 501 (193, 11).
Einführungsgesetz zur Konkursordnung 639 ff., zum Gesetz betreffend Abänderung der K.O. 654 ff.
Eingebrachtes Gut, Anfechtung der Sicherstellung oder Rückgewähr des ... der Ehefrau 167 (32, 10), Stellung eines Gläubigers des ... im Konkurse der Ehefrau 426 (151, 8).
Eingebrachte Sachen, Absonderungsrecht des Vermiethers an den ... des Miethers 230 ff. (49, 11—14), — des Verpächters an den ... des Pächters 232 (49, 15).
Eingeschriebene Hülfskassen, kein Vorrecht 270 (61, 16).
Eingetragene Genossenschaften s. Genossenschaften.
Einkaufskommissionär, Verfolgungsrecht des ... 203 (44).
Einkünfte, Befreiung fortlaufender ... von der Zwangsvollstreckung 35 (1, 10), Schätzungswerth fortlaufender ... 286 (69), Veräußerung des Rechts auf fortlaufende ... 378 (135, 9).
Einrede, Einredeweise Geltendmachung der Anfechtung im Konkurse 195 (41, 3 b), ... der Aufrechnung 243 (53, 4), ..., daß der nach der Konkursaufhebung gegen den Gemeinschuldner auf Feststellung einer Forderung gerichtete Anspruch erledigt sei 456 (164, 9), einredeweise Geltendmachung der Anfechtung außerhalb des Konkurses 682 (5, 1), 685 (7, 3).
Einsichtnahme, Niederlegung auf der Gerichtsschreiberei zur ..., — Niederlegung der Schlußrechnung des Verwalters 312 (86), — des Inventars und der Bilanz über die Masse 359 (124), — von Anmeldungen 389 (140), — des Vertheilungsverzeichnisses 423 (151), — der ein Vertheilungsverzeichniß berichtigenden Gerichtsentscheidung 439 (158), — des Vergleichsvorschlages 476 (178), — des Antrages auf Einstellung des Verfahrens 515 (203).
Einstellung des Konkursverfahrens, Einwilligung eines Gläubigers zum Zwangsvergleich ist nicht zugleich Zustimmung zur ... 471 (173, 5), Behandlung im 7. Titel des 2. Buchs der K.O. 511 ff. (202 ff.), ... bei Konkursverzicht der Gläubiger 513 (202), Antrag des Gemeinschuldners auf ... 513 (202, 1). ... nach Ablauf der Anmeldefrist 514 (202, 4), ... vor Ablauf der Anmeldefrist 514 (202, 5), Anspruch des Gemeinschuldners auf ... 514 (202, 6), Bekanntmachung des Antrages auf ... 515 (203, 1), Verfahren bei der ... 516 (203, 4), Wirkung der ... 516 (203, 6), 518 (206), ... wegen ungenügender Masse 516 (204).
Einstellungsbeschluß, Bekanntmachung des ... 517 (205).
Einstimmigkeit aller Konkursgläubiger beim Einstellungsantrag des Gemeinschuldners 513 (202, 2).
Einstweilige Anordnungen des Gerichts zur Sicherung der Masse 338 (106, 3).
Einstweilige Verfügungen gegen den Gemeinschuldner während des Konkursverfahrens 82 (14, 6).
Eintragung der Konkurseröffnung ins Handels- und Genossenschaftsregister 347 (112), 705 (13), ... des allgemeinen Veräußerungsverbots und der Konkurseröffnung ins Grundbuch 348 (113), 705 (14), ... der angemeldeten Forderungen in die

Digitized by Google

Tabelle 399 (145), ... älterer landesgesetzlicher Vorrechte in das Vorrechtsregister 645 (12), 707 ff. (25 ff.).
Einwendungen des Gemeinschuldners gegen das Eröffnungsverfahren 336 f. (105, 4 u. 5), — gegen streitige Konkursforderungen 404 (146, 1), ... gegen das Vertheilungsverzeichniß, Inhalt der ... 439 (158, 1), Berechtigte dazu 439 (158, 2), Frist dazu bei Abschlagsvertheilungen 439 (158, 3), Verfahren bei ... gegen das Vertheilungsverzeichniß 440 (158, 4), Beschwerde gegen den Beschluß des Konkursgerichts über solche ... 440 (158, 5), Folgen des Ablaufs der Frist zur Erhebung solcher ... 441 (158, 6), ... gegen die Schlußrechnung 448 (162, 3), ... gegen das Schlußverzeichniß 448 (162, 4), ... eines Absonderungsberechtigten gegen das unbedingte Nehmen von Einnahmen zur Masse 448 (162, 4), ... gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel 455 (164, 7), ..., die den Anspruch selbst betreffen 455 (164, 7).
Einziehung, Wirksamkeit der ... von Miethund Pachtzinsen durch den Gemeinschuldner 108 (21), Stimmrecht auf Grund einer zur ... überwiesenen Forderung eines Konkursgläubigers 483 (182, 7).
Eisenbahnaktiengesellschaften, Zwangsvollstreckung gegen sie 520 (207, 2), Veräußerung von ... 520 (207, 2), Rechte des Staats bei Konkurs von ... 520 (207, 2).
Eisenbahngesellschaften, kein Vorrecht 270 (61, 16).
Eisenbahnunternehmungen, Konkurs von ... 520 (207, 2).
Elsaß, älteres Konkursrecht 4 (Einl. 1).
Eltern, Unterhaltsansprüche im Nachlaßkonkurs 588 (226, 3).
Endurtheil, Einfluß auf die Betreibung streitiger Forderungen 404 (146, 1), Einfluß auf die Vertheilung 429 (152).
Englisches Konkursrecht 4 (Einl. 1), Wirkung der Discharge nach der englischen bankruptcy act 613 (237, 5).
Entfernung des Gemeinschuldners von seinem Wohnorte 327 (101).
Entgeltliche Verträge, Anfechtung von ... 158 (31), 179 (37).
Entlassung des Verwalters 309 (84), eines Ausschußmitgliedes 318 (92).
Entnahme von Waaren oder Werthpapieren auf Credit s. Mißbrauch des Credits.
Entschädigung, Entschädigungsforderung des vorleistenden Gläubigers bei Nichterfüllung eines zweiseitigen Vertrages 121 (26).
Entscheidungen im Konkursverfahren, Form, Inhalt 295 (73, 1), Anfechtung 297 (73, 6), s. auch Beschluß.
Entsetzung des Gemeinschuldners aus der Vermögensverwaltung 57 (6), 351 (117).
Entsiegelung der gesiegelten Massegegenstände 358 (122, 2).
Erbbaurecht als Gegenstand der Immobiliarabsonderung 218 (47, 3).
Erben, Zugehörigkeit von Erbschaften zur Konkursmasse 41 (1, 20), Auseinandersetzung bei Erbengemeinschaft 89 (16), Anfechtung der Annahme und Ablehnung einer Erbschaft 135 (29, 7), Anfechtung gegen den ... 189 (40), 190 (40, 2), Absonderungsrecht der Nachlaßgläubiger und Vermächtnißnehmer 236 (50, 4), Aufrechnung von Nachlaßschulden mit Forderungen des ... 243 (53, 3), — von Nachlaßforderungen mit Schulden des ... 243 (53, 3), Aufrechnung mit einer nach der Konkurseröffnung infolge Erbgangs gegen den Gemeinschuldner erworbenen Forderung 250 (55, 5), — mit einer vor der Konkurseröffnung infolge Erbgangs gegen den Gemeinschuldner erworbenen Forderung 251 (55, 10), Vorrecht der Erbschaftssteuer im Konkurse des ... 269 (61, 9), Beschränkung der Haftung des in Konkurs gerathenen Erben 407 (146, 5), Stellung des ... als Gemeinschuldner 557 (Vorb. 2 vor 214), — besonders im Verfahren 558 (Vorb. 3 vor 214), Rechtsstellung infolge des Nachlaßkonkurses 560 (Vorb. 7 vor 214), Pflicht zur Verwaltung des Nachlasses 561 (Vorb. 10 f. vor 214), Antragberechtigung des ... auf Nachlaßkonkurseröffnung 570 (217, 2), 572 (217, 6), Antragspflicht 573 (217, 9), Zurückbehaltungsrecht des ... 581 (223), Forderungen gegen den Erblasser im Nachlaßkonkurs 585 (225, 1), Geltendmachung von Forderungen unbefriedigter Nachlaßgläubiger 586 (225, 3), Konkurs über das Erbenvermögen 605 (234), Vollstreckung gegen den Erben bei unbeschränkter Haftung 678 (3a, 7), — bei beschränkter Haftung 678 (3a, 8).
Erbenhaftung, Theilhaftung im Nachlaßkonkurs 569 (216, 5).
Erbenvermögen, Vollstreckung in das ... während des Nachlaßkonkurses 557 (Vorb. 2 vor 214).
Erbenvertreter im Nachlaßkonkurse, Allgemeines 559 (Vorb. 6 vor 214), beim Zwangsvergleich im Nachlaß-Konkurse 596 (230, 2).
Erblasser als Gemeinschuldner im Nachlaßkonkurse 556 (Vorb. 1 vor 214), Tod als Voraussetzung des Nachlaßkonkurses 568 (216, 1), Kosten der Beerdigung des ... 583 (224, 3), — seiner Todeserklärung 584 (224, 4), — seiner letztwilligen Verfügungen 584 (224, 5), Geltendmachung der dem Erben gegen den ... zustehenden Ansprüche 585 (225).
Erbpachtrecht als Gegenstand des Immobiliarabsonderungsrechts 218 (47, 3).
Erbschaft, Zugehörigkeit zur Masse 41 (1, 20), Annahme oder Ausschlagung einer ... durch den Gemeinschuldner 68 (9, 1), Absonderung der ... 236 (50, 4), Aufgabe einer ... während des Konkursverfahrens 380 (134, 4), Rechtslage beim Verkauf einer ... durch den Erben im

Digitized by Google

Falle des Nachlaßkonkurses 600 (232), 604 (233), Einfluß einer ... auf die Strafbarkeit einer Gläubigerbegünstigungshandlung 632 (241, 4).
Erbschaftsbesitzer, Herausgabepflicht bei Eröffnung des Nachlaßkonkurses 563 (Vorb. 14 vor 214).
Erbschaftskauf, Verpflichtungen des Käufers 600 (232, 1), Stellung des Käufers im Konkurse 600 (232, 2), Antragsrecht des Käufers 601 (232, 2), Rechte des Erben im Konkurse nach dem ... 601 (232, 3), die Konkursmasse beim ... 602 (232, 4), Wirkung von Urtheilen gegen den Erben für den Käufer 603 (232, 7), Kauf eines Erbtheils 603 (232, 9), Kauf nach der Konkurseröffnung 603 (232, 10), analoge Anwendung der Vorschriften über den ... auf andere Fälle der Veräußerung einer Erbschaft 604 (233, 1–3).
Erbschaftssteuern, Vorrecht für preußische ... im Konkurse des Erben 269 (61, 9), ... keine Nachlaßverbindlichkeit 589 (226, 8).
Erbschaftsstreit, Kosten eines ... als Nachlaßverbindlichkeit 589 (226, 6).
Erbtheil, Unzulässigkeit des Konkursverfahrens über einen ... 607 (235).
Erdichtete Forderungen, Geltendmachung 635 (242, 6).
Erdichtete Schulden, Aufstellung oder Anerkennung von ... 622 (239, 13).
Erfüllung der Rechtsgeschäfte, 2. Titel des ersten Buches 92 ff. (17 ff.), vollständige ... auf Seiten eines Theils 95 (17, 2), unvollständige ... auf seiten beider Theile 96 (17, 4), Wahlrecht des Verwalters 97 (17, 6), Erfüllungsinteresse des anderen Theils 97 (17, 6), Verlangen der ... durch den Verwalter 98 (17, 7), ... von Fixgeschäften 99 (18), ... von Miethe und Pachtverträgen 102 (19), Anfechtbarkeit der ... von Verpflichtungen 150 (30, 16), Wahl der ... durch den Verwalter gegenüber dem Verfolgungsrecht des Verkäufers 209 (44, 13), ... eines zweiseitigen Vertrages 259 (59), Erfüllungsverlangen des Verwalters, Genehmigung des Ausschusses dazu 377 (133, 5), Bezeichnung der Art und Weise der beabsichtigten ... im Zwangsvergleichsvorschlag 471 (174).
Erlaß beim Zwangsvergleich 472 (174, 2), Anfechtung des vergleichsmäßigen ... 504 (196), Aufhebung des vergleichsmäßigen ... 506 (197).
Erlassung eines Gerichtsbeschlusses 294 (73).
Erlös, Rechte auf den ... von veräußerten fremden Gegenständen 214 ff. (46 ff.), — von Absonderungsgegenständen 217 ff. (47 ff.), 366 (127).
Ermächtigung für den Verwalter durch die Gläubigerversammlung 375 (132), 379 (134), — durch den Gläubigerausschuß 375 (133), 379 (134).
Ermittelungen des Konkursgerichts durch Zeugen und Sachverständige 299 (75), — durch Auskunft des Gemeinschuldners 326 (100), — beim Eröffnungsantrag 332 (104, 2), 336 (105, 6).
Ernennung des Verwalters 302 (78), 305 (79).
Eröffnung des Konkursverfahrens, Bedeutung der ... für die Anwendbarkeit des materiellen Konkursrechts 31 (1, 1), — für die Zugehörigkeit von Vermögen zur Masse 40 (1, 19), — für die Eigenschaft eines Gläubigers als Konkursgläubigers 48 (3, 2), — für die Eigenschaft einer Forderung als Konkursforderung 49 (3, 7), Wirkung der ... auf die Verfügungsgewalt über die Masse 57 ff. (6, 1–6), — auf bürgerliche, politische und Ehrenrechte des Gemeinschuldners 61 (6, 7), — auf Rechtshandlungen des Gemeinschuldners 61 (7), Vermuthung der Konkurseröffnung 66 (7, 13), Bedeutung der ... für die Befreiung eines Schuldners des Gemeinschuldners von seiner Verbindlichkeit 66 (8), — für die Annahme und Ausschlagung einer Erbschaft 68 (9), — für die Ablehnung einer fortgesetzten Gütergemeinschaft 68 (9), Einfluß der ... auf anhängige Prozesse 69 (10), 74 (11), — auf die Verjährung 88 (15, 18), — auf die Erfüllung von Rechtsgeschäften 92 ff. (17 ff.), Einfluß des Eröffnungsantrages bei Anfechtungen 142 (30), Einfluß der ... auf schon vorher erhobene Aufechtungsansprüche 176 ff. (36, 7–11), — wenn ein Prozeß darüber anhängig ist 176 ff. (36, 7–9), — wenn der Gläubiger bereits einen Schuldtitel erstritten hat 178 (36, 10), — ehe ein Prozeß angestrengt ist 178 (36, 11), Einfluß der ... bei ehelicher Gütergemeinschaft 237 (51, 5), Bedeutung des Zeitpunktes der ... bei der Aufrechnung 248 (55), Einfluß der ... auf den Zinslauf 275 (63, 2), Eröffnungsverfahren (s. auch daselbst) 328 ff. (102 ff.), besondere Bestimmungen über die ... bei Aktiengesellschaften 519 ff. (207 u. 208), — bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung 522 ff. (63 u. 64), 524 (71), 524 (83 u. 84), — bei eingetragenen Genossenschaften 525 ff. (98—130), 542 (135), 543 (140 u. 141), — bei offenen Handelsgesellschaften 543 ff., (209 u. 210), — bei Kommanditgesellschaften 543 ff. (209–210), — bei Kommanditgesellschaften auf Aktien 543 ff. (209 u. 210), — bei juristischen Personen 552 (213), — bei passiv prozeßfähigen Vereinen 552 (213), — beim Nachlaßkonkurs 570 ff. (217–220), 600 ff. (232 u. 233), Bedeutung der ... bei der Strafthat des Bankerutts 618 ff. (239, 3–7), 620 f. (239, 9 u. 10).
Eröffnungsantrag s. Antrag.
Eröffnungsbeschluß, Bedeutung und materieller Inhalt 341 (108, 1), Form 342 (108, 2), Angabe des Zeitpunkts der Konkurseröffnung 342 (108, 3), 343 (108, 5), Anfechtung der Zeitangabe 343 (108, 4), Beschwerde 343 (109), 344 (109, 1), Be-

Digitized by Google

schwerdeberechtigte 344 (109, 2), Wirkung der Beschwerdeeinlegung 344 (109, 3), — des Beschwerdebeschlusses 345 (109, 4), — Bekanntmachung 346 (111), Mittheilung an Behörden 347 (112, 1—3), — an das Vormundschaftsgericht 347 (112, 4), Eintragung der Konkurseröffnung ins Grundbuch 348 (113), Aufhebung des ... 350 (116), Mittheilung des — an die Staatsanwaltschaft 704 (12).

Eröffnungsverfahren, Behandlung im 2. Titel des 1. Buches 328 ff. (102 ff.), Voraussetzungen 329 ff. (102 u. 103), Begriff des Gemeinschuldners 329 (102, 1), Bedeutung der Zahlungsunfähigkeit 330 (102, 2), — der Zahlungseinstellung 330 (102, 3), — des Eröffnungsantrags 330 (103, 1), Eröffnungsantrag des Gemeinschuldners 331 (103, 2), — eines Konkursgläubigers 331 (103, 3), — von Versicherungsanstalten 331 (103, 4), Verfahren auf Antrag des Gemeinschuldners 332 (104), Abweisung dieses Eröffnungsantrags 332 (104, 1), Verfahren auf Antrag eines Konkursgläubigers 334 (105, 1), Anhörung des Gemeinschuldners 335 (105, 3), Einwendungen des Gemeinschuldners 335 f. (105, 4 u. 5), Ermittelungen im ... 336 (105, 6), Abweisung des Eröffnungsantrags wegen unzureichender Masse 340 (107), Eröffnung bei unzureichender Masse 341 (107, 2), Verzeichniß derjenigen Schuldner, bezüglich deren der Eröffnungsantrag wegen Mangel an Masse abgewiesen ist 341 (107, 3), Eröffnungsbeschluß (s. auch daselbst) 341 ff. (108 f.), Ernennung des Verwalters 345 (110), Bestimmung der Termine 346 (110, 2), Bekanntmachung des Eröffnungsbeschlusses 346 (111), Mittheilung des Beschlusses an die Registerbehörden 347 (112), 704 f. (12 u. 13), — an die Dienstbehörde des Gemeinschuldners 347 (112), — an das Vormundschaftsgericht 347 (112, 4), Eintragung des allgemeinen Veräußerungsverbots und der Konkurseröffnung ins Grundbuch 348 (113), 705 (14), Löschung der Eintragung im Grundbuch 349 (114), Gebührenfreiheit für Eintragung 350 (115), — für Löschung 350 (115), Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses 350 (116), Wirkungen der Aufhebung 350 (116, 1), Pflichten des Gerichts nach Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses 351 (116, 2), Pflichten des Verwalters nach Aufhebung 351 (116, 3), ... im Nachlaßkonkurs 572 (217, 7 u. 8), 575 (218, 4), 587 (219, 5).

Erörterung angemeldeter Konkursforderungen 390 (141).

Errungenschaftsgemeinschaft, Wirkung der Konkurseröffnung bei ... der Ehegatten 46 (2).

Ersatzansprüche infolge Kündigung eines Miethsvertrags 102 (19), — eines Pachtvertrags 102 (19), — eines Dienstverhältnisses 110 (22), ... in Folge Erlöschens eines Auftrags 126 (17), — eines Geschäftsbesorgungsvertrags 126 (17), ... gegen den Vorstand einer Aktiengesellschaft 521 (208, 1), gegen die Geschäftsführer einer Gesellschaft m. b. H. 523 (64, 2), gegen den Vorstand einer Genossenschaft 525 (99, 2), gegen den Erben im Nachlaßkonkurse 594 (228, 4).

Ersatzaussonderung, Begriff 214 (46, 1), 215 (46, 3), Voraussetzungen 215 (46, 2), 215 (46, 5—7), ... des H.G.B. 216 (46, 9).

Ersatzpflicht des Verwalters für Verschulden 307 (82, 1 f.).

Ersitzung, Erwerb durch ... an einem Massegegenstande nach der Konkurseröffnung 87 (15, 13).

Erstehen von Grundstücken durch den Verwalter für die Masse 379 (134).

Erweiterung des Anfechtungsanspruches durch den Verwalter 697 (13).

Erwerb des Gemeinschuldners nach der Konkurseröffnung 40 (1, 19), ... einer Forderung gegen den Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung 250 f. (55, 5 u. 6).

Erwerbsgeschäft, Fortdauer und Auflösung eines Dienstverhältnisses für das ... des Gemeinschuldners 110 (22), Vorrecht der im .. Angestellten 265 (61 Ziff. 1), Schließung und Fortführung des ... des Gemeinschuldners 371 (129), 374 (130), 375 (132), Veräußerung des ... des Gemeinschuldners im Ganzen 379 (134).

Erwerbs- u. Wirthschaftsgenossenschaften s. Genossenschaften.

Erzeugnisse, Erwerb von ... eines Massegegenstandes nach der Konkurseröffnung 85 (15, 8).

Erziehungsgelder, Heranziehung zur Konkursmasse 427 (151, 9).

Exmission des Gemeinschuldners 352 (117, 1).

F.

Fabrik, inländische ... eines ausländischen Schuldners 615 (238, 4).

Fabrikant, Unterschied des ... vom Handwerker 623 (239, 17).

Fabrikarbeiter, Vorrecht wegen Lohns 267 (61, 4).

Fahrnißgemeinschaft, Wirkung der Konkurseröffnung bei ... der Ehegatten 46 (2).

Fälligkeit, Bedeutung der ... einer Forderung für die Eigenschaft als Konkursforderung 49 (3, 7), Bedeutung der ... bei der Aufrechnung 245 (54), — bei der Werthberechnung 279 (65), ... betagter und bedingter Absonderungsansprüche 434 (153, 5), ... bei Anfechtung außerhalb des Konkurses 672 (3).

Fallimentsverfahren, Aufhebung der landesgesetzlichen Vorschriften über ... 641 (4).

Familie, Unterstützung der ... des Gemeinschuldners 255 (58), 262 (60). 371 (129), 375 (132).

Digitized by Google

Familie Hohenzollern, Aufrechterhaltung der Hausverfassung und der Landesgesetze hinsichtlich der ... 642 (7).
Familienfideikommisse, Absonderungsrecht der Gläubiger 238 (52), Aufrechterhaltung des Landesrechts betreffend ... 641 (5).
Faustpfandgläubiger, abgesonderte Befriedigung der ... 277 (64, 1), Einfluß des Zwangsvergleichs auf deren Rechte 497 (193).
Faustpfandrecht, Erwerb eines ... nach der Konkurseröffnung 81 (14, 5), Erfordernisse und Begriff 221 f. (48, 1—4), Rangordnung 223 (48, 8), ... ohne Gewahrsam 223 (48, 9), Quasi-Faustpfandrechte 225 (49), Verwerthung des Pfandes 366 (117), Einlösung des Pfandes 378 (133, 8), ... beim Zwangsvergleich 471 (173, 4), reichsgesetzliche Uebergangsbestimmungen 645 (12).
Feldinventar, Pfändung des ... 34 (1, 8).
Ferien, Gerichtsferien 294 (72, 3).
Festgestellte Forderungen, ihre Berücksichtigung bei der Verteilung 430 (152, 2 u. 3), Behandlung ... nach der Konkursaufhebung 453 ff. (164, 4—8), — wenn von Gemeinschuldner nicht bestritten 453 f. (164, 4—7), — wenn vom Gemeinschuldner bestritten 455 (164, 8), Behandlung nicht ... nach der Konkursaufhebung 455 (164, 9), Zahlungen auf festgestellte bevorrechtigte Forderungen vor der Verteilung 464 (170), Vollstreckbarkeit von ... aus dem Zwangsvergleich 502 (194, 1 u. 2), Vollstreckbarkeit nicht ... nach abgeschlossenem Zwangsvergleich 503 (194, 4).
Festsetzung der Gebühren des Verwalters 311 (85), — der Gläubiger-Ausschußmitglieder 317 (91).
Feststellung angemeldeter Forderungen 396 (144), 452 (164), 502 (194), streitiger Forderungen 404 (146), 429 (152), ... im Konkurse als vollstreckbarer Titel für die Anfechtung außerhalb des Konkurses 667 (2, 2), s. auch Feststellungsverfahren.
Feststellungsklage zur Feststellung streitiger Forderungen 404 (146), Ausschlußfrist zur Führung des Nachweises der Erhebung oder Aufnahme einer ... 429 (152), s. auch Feststellungsverfahren.
Feststellungsverfahren, Wesen 385 (139, 1), Stellung des Verwalters 385 (139, 2), Stellung der widersprechenden Gläubiger 386 (139, 3), Feststellung der angemeldeten Forderung 397 (144, 4), Bedeutung der Feststellung 400 (145, 5), Wirkung der Feststellung 401 ff., 145 (6—9), — gegen den Verwalter 402 (145, 7), — gegen den Gemeinschuldner 402 (145, 8), — gegen die Konkursgläubiger 402 (145, 9), Feststellung eines Absonderungsrechts 403 (145, 10), Rechtsmittel gegen die Feststellung 403 (145, 11), Feststellung streitiger Forderungen 404 (146, 1), Erhebung der Klage durch den Anmeldenden 405 ff. (146, 2—10), Zweck und Natur der Feststellungsklage 405 (146, 2), Klageantrag 406 (146, 2), Ausweis zur Klage 406 (146, 3), Voraussetzung zur Klage 406 (146, 4), Gegenstand und Grundlage des Feststellungsstreits 407 (146, 5), Feststellungsklage wegen einer Forderung gegen den Gemeinschuldner als Erben 407 (146, 5), Feststellung gegen den bevorrechtigten Gläubiger 407 (146, 5), Verteidigungsmittel des widersprechenden Gläubigers 407 (146, 5), — des Verwalters 407 (146, 5), Feststellungsklage im ordentlichen Verfahren 408 (146, 6), — im Urkundenprozeß 408 (146, 6), 411 (146, 12), 415 (146, 19), örtliche und sachliche Zuständigkeit für die Klage des Anmeldenden 408 (146, 7), Zuständigkeit besonderer Gerichte 409 (146, 8), — von Verwaltungsgerichten 409 (146, 9), — des schiedsgerichtlichen Verfahrens 410 (146, 10), Aufnahme eines anhängigen Rechtsstreits zur Feststellung 411 ff. (146, 11—14), Voraussetzung und Inhalt der Aufnahme 411 (146, 11), Verfahren bei der Aufnahme 411 (146, 12), Aufnahme bei Anhängigkeit im Mahnverfahren 412 (146, 12), Zuständigkeit für den aufgenommenen Rechtsstreit 412 (146, 13), Unberührtbleiben der Verfolgung des Anspruchs gegen den Gemeinschuldner selbst 412 (146, 14), Feststellung von Forderungen mit Titel 413 ff. (146, 15—22), Pflicht zur Anmeldung und Vorlegung des Titels 413 (146, 15), einzelne Titel 413 (146, 16), Berechtigte zur Betreibung des Streits 414 (146, 17), Begründung, Inhalt und Ziel des Anspruchs 414 (146, 18), Verfahren bei Feststellung titulierter Forderungen 415 (146, 19), Zuständigkeit bei Klage des Widersprechenden 415 (146, 20), Bedeutung der Strafurteile 416 (146, 21), Berichtigung der Tabelle 416 (146, 22), Ausschlußfrist zur Führung des Nachweises der erhobenen oder aufgenommenen Feststellungsklage 429 (152), Behandlung der zur Zeit der Konkursaufhebung noch schwebenden Feststellungsprozesse 456 (164, 11), Zwangsvollstreckung aus dem Zwangsvergleich für Gläubiger festgestellter Forderungen 502 (194).
Feuerversicherungsanstalten, Vorrecht der öffentlichen ... 265 (61 Ziff. 3), Begriff der Anstalten und Umfang des Vorrechts 271 (61, 17).
Fideikommiß s. Familienfideikommiß.
Fiskus als gesetzlicher Erbe eines aufgelösten Vereins 553 (213, 2).
Fixgeschäfte, Ausnahmebehandlung der ... von der Regelbehandlung zweiseitiger Verträge 100 (18, 1), Begriff 101 (18, 4), Wirkung der Konkurseröffnung auf nicht erfüllte ... 101 (18, 6), Differenzberechnung bei unerfüllten ... 102 (18, 7).
Flucht des Gemeinschuldners 474 (175, 2).
Forderungen, welche der Zwangsvoll-

Digitized by Google

streckung nicht unterworfen sind 34 (1, 8), Veräußerung von ... durch den Verwalter 376 (133 Ziff. 2), Fälligkeit einer ... als Grundlage der Anfechtung 670 (2, 7), s. auch: Anfechtung, Anmeldung, Aufrechnung, auflösend und aufschiebend bedingte Forderungen, Erfüllung, Feststellung, Konkursforderungen, Schätzungswert, streitige Forderungen.

Formel des Eröffnungsbeschlusses 342 (108, 2), 347 (112).

Formeller Konkurs, Begriff 21 (Vorb. 1 zum 1. Buch).

Förster, Vorrechtsforderung wegen Gehalts 267 (61, 4).

Fortführung des Geschäfts durch den Verwalter 371 (129), 375 (132).

Fortgesetzte Gütergemeinschaft, Wirkung der Konkurseröffnung bei ... der Ehegatten 46 (2), Recht zur Ablehnung der ... 68 (9), Konkurs über das Gesammtgut bei ... 608 (236), Unanwendbarkeit der Vorschriften über Erbschaftskauf 608 (236, 2), Konkurs bei Ungewißheit des Eintritts der ... 609 (236, 3), Ablehnung der ... 609 (226, 3), Gemeinschuldner im Konkurse bei .. 609 (236, 4), Konkursmasse dabei 610 (236, 5), Konkursgläubiger dabei 610 (236, 6).

Frachtführer, Absonderungsrecht 233 (49, 19).

Frankfurt a. M., besondere Ausführungsbestimmungen für den Appellationsgerichtsbezirk ... 702 (1), 703 (2), 706 (17), 711 (46).

Französisches Recht, geschichtliches 2 ff. (Einl. 1), Erfüllung von Verträgen 123 (26, 6), Anfechtung von Rechtshandlungen 129 (Vorb. 1 vor 29).

Freigebigkeit, Anfechtbarkeit von ... des Gemeinschuldners 164 (32), Aufrechnung mit Forderungen aus einer ... des Gemeinschuldners 244 (53, 6), Ausschluß der Geltendmachung von Forderungen aus einer ... des Gemeinschuldners 276 (63, 5), Begriff des Wortes „Forderung" 276 (63, 5), Einfluß des Zwangsvergleichs auf Forderungen aus ... des Gemeinschuldners 499 (193, 6), ... des Erblassers im Nachlaßkonkurse 590 (226, 13), Anfechtung von ... des Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens 672 (3), 684 (7).

Freigebung von Massebestandtheilen an den Gemeinschuldner 58 (6, 4), 445 (161, 2).

Freihändiger Verkauf vom Immobilien 379 (134, 1).

Freiwerdende Beträge, Verwendung von nach Vollzug der Schlußvertheilung ... 459 (166, 3).

Freiwillige Gerichtsbarkeit, Verhältniß des Konkursverfahrens zur ... 12 (Einl. 4).

Fremdes Vermögen s. Aussonderung.

Frist, Fristablauf bei Fixgeschäften 101 (18, 5), für die Anfechtbarkeit nach § 31 Ziff. 2 K.O. 162 (31, 12). — nach § 32 K.O. 166 (32, 4), — nach § 33 KO. 169 (33, 2), Ausschlußfrist für die Anfechtung 194 (41), Fristen für Beschwerden 298 (73, 7), ... zur Anzeige vom Besitze von Sachen 354 (118), Fristsetzung für den Verkauf eines Absonderungsgegenstandes 367 (127, 4), ... zur Anmeldung von Konkursforderungen 384 (138, 2), ... für die Aenderung des Vertheilungsverzeichnisses 438 (157), ... zur Erhebung von Einwendungen gegen das Vertheilungsverzeichniß 439 (158, 3), ... beim Zwangsvergleich 470 (173, 2 u. 3), ... bei Einstellung des Verfahrens 515 (203, 1), Fristen bei Anfechtung außerhalb des Konkurses 673 (3, 4), 681 (4, 5), 694 (11, 2), 701 (13, 10), Fristerstreckung durch Ankündigung der Anfechtung 681 (4, 5), 694 (11, 2).

Früchte, Absonderungsrecht des Verpächters 223 (49, 15).

Führung von Handelsbüchern s. Buchführung.

Fund, Erwerb durch ... an einem Massegegenstand nach der Konkurseröffnung 87 (15, 14).

Fürstenrecht, Vorbehalt für das ... 642 (7).

G.

Gantverfahren, Aufhebung der landesgesetzlichen Vorschriften über ... 641 (4).

Gärtner, Vorrechtsforderung wegen Lohns 267 (61, 4).

Gastwirth, Absonderungsrecht der ... 233 (49, 18), über die Kaufmannseigenschaft der ... 624 (239, 19)

Gebühren des Konkursverwalters 258 (58, 4), des Gläubigerausschusses 258 (58, 4), von Behörden, kein Vorrecht (61, 10).

Gebührenfreiheit bei Eintragungen und Löschungen im Grundbuch 350 (115).

Gefängnißstrafe bei einfachem Bankerutt 631 (240, 15), bei Gläubigerbegünstigung 634 (241, 12), bei der Strafthat des Konkursbetrugs 634 (242), beim Stimmenkauf 636 (243).

Gegenleistung, Einfluß der ... auf den Umfang der Masse 33 (1, 6), ... bei Erfüllung durch den Gemeinschuldner 34 (1, 6), ... bei Erfüllung durch den Verwalter 58 ff (6, 5 u. 6), Rückgewähr der ... bei Rechtshandlungen des Gemeinschuldners nach der Konkurseröffnung 65 (7, 11), Erstattung der ... nach erfolgter Anfechtung im Konkurse 185 (38), Abtretung des Anspruches auf die ... für fremde veräußerte Gegenstände 216 (46, 8), Herausgabe der ... als Ersatzaussonderung 216 (46, 10), Erstattung der ... nach erfolgter Anfechtung außerhalb des Konkurses 688 (8, 1), Erstattungsansprüche gegen den Gläubiger 688 (8, 3), — gegen den Schuldner 689 (8, 4).

Gegenrechnung s Aufrechnung.

Gegenstand, Begriff eines Aussonderungsgegenstandes 197 ff (43 1—3), 215 (46, 4).

Gegenvermächtniß als Freigebigkeit 167 (32, 10).

Digitized by Google

Gehalt, Pfändung von ... 35 (1, 10), Erwerb von ... nach der Konkurseröffnung 40 (1, 19).
Gehaltsforderungen, Schätzung von . . 287 (69, 2), f auch Lohnforderungen.
Gehör f. Anhörung.
Gehülfe, ... des Schuldners bei Begehung der Gläubigerbegünstigung 634 (241, 11).
Geld, Hinterlegung und Anlegung von ... der Masse 375 (132), Erhebung von hinterlegten ... der Masse 382 (137)
Geldbetrag, Aufrechnung mit nicht auf einen ... gerichteten Forderungen 248 (54, 6), Begriff der nicht auf ... gerichteten Forderungen 286 (69).
Geldstrafen, Aufrechnung mit ... 244 (53, 6), Geltendmachung von ... im Konkursverfahren 276 (63, 4), ... gegen den Verwalter 309 (84), ... als Konkursforderungen im Nachlaßkonkurs 590 (226, 13), ... wegen Geltendmachung erdichteter Forderungen 635 (242, 6), .. wegen Stimmenkaufs 636 (243).
Gelegenheitsgeschenke, Nichtanfechtbarkeit gebräuchlicher ... des Gemeinschuldners an Dritte 166 (32, 5), Anfechtbarkeit von gebräuchlichen ... des Gemeinschuldners an seinen Ehegatten 166 (32, 7)
Geltendmachung des Aufrechnungsrechts 240 (Vorb. 4 vor 53), des Zwangsvergleiches (f. auch Zwangsvollstreckung) 501 (193, 12).
Gemeindekrankenkassenbeiträge f. Krankenkassenbeiträge
Gemeinden, Absonderungsrecht von ... 225 (49 Ziff 1), von ... ausgestellte Schuldverschreibungen, Stellung der Inhaber im Konkurse der ... 265 (Vorb 5 vor 61), 652 (17), Vorrecht der ... wegen öffentlicher Abgaben 265 (61 Ziff 2).
Gemeindeverbände, Vorrecht der ... 270 (61, 16).
Gemeines Recht, das Konkursverfahren des ... 1 f. (Einl. 1).
Gemeinschaft, Auseinandersetzung bei Miteigenthum des Gemeinschuldners mit anderen 89 (16), — bei Gesellschaft 89 (16), — bei Gemeinschaft 89 (16), Absonderungsrecht eines Gemeinschafters des Gemeinschuldners 236 (51)
Gemeinschaftliche Rechte, Anfechtbarkeit bei Verfügungen des Gemeinschuldners als Mitberechtigten 136 (29, 10)
Gemeinschuldner, sein Verhältniß zu den Konkursgläubigern 24 (Vorb. 2 vor 1), sein Verhältniß zum Konkursverwalter 25 (Vorb 3 vor 1), Geschäftsbücher des ... 31 (1), 357 (122), sein Vermögen 32 (1, 3), persönliche Thätigkeit des ... 32 (1, 4), nicht zu den Vermögensrechten gehörige Rechtsverhältnisse des ... 37 (1, 5), sein Erwerb nach der Konkurseröffnung 40 (1, 19), Erwerb von Erbschaften und Vermächtnissen 41 (1, 20), Rechtsbehelfe gegenüber dem Verwalter 42 (1, 23), Kompetenzanspruch aus den Nutzungen am Frauen- und Kindergut 45 (1, 27), Unterhaltsansprüche gegen den . . 47 (3), Verlust der Verfügungsbefugniß über die Masse 57 (6, 2 u. 3), Annahme des Wechselprotestes beim ... 58 (6, 2), Unwirksamkeit der Rechtshandlungen nach der Konkurseröffnung 61 ff. (7, 2 ff.), Heilung durch Genehmigung 64 (7, 8), Zahlungen an den ... nach der Konkurseröffnung 66 (8), Annahme oder Ausschlagung einer vor der Konkurseröffnung angefallenen Erbschaft durch den ... 68 (9), — eines Vermächtnisses 68 (9), Ablehnung der fortgesetzten Gütergemeinschaft durch den ... 68 (9), Wirkung der Konkurseröffnung auf die für ihn anhängigen Prozesse 69 (10), — auf die gegen ihn anhängigen Prozesse 74 (11), Miteigenthum des ... 89 (16), 236 (51), persönliche Rechte und Pflichten 92 (Vorb. 2 vor 17), ... als Subjekt aller Rechte und Verbindlichkeiten der Masse 93 (Vorb. 3 vor 17), Wirkung seiner früheren Abmachungen auf die Geltung der Vorschrift des zweiten Titels 94 (Vorb. 4 vor 17), Haushalt des ... 111 (22, 5), sein Wirthschaftsbetrieb 111 (22, 5), sein Erwerbsgeschäft 111 (22, 5), Zahlungseinstellung 142 ff. (30 33), 496 (192), 509 (199), Aufrechnung von Forderungen an den ... gegen eine nach der Konkurseröffnung entstandene Forderung von ihm 250 (55, 4), Verhältniß des ... zu den Massegläubigern 253 (Vorb. 2 vor 57), der ... als Massegläubiger 254 (Vorb. 4 vor 57), Unterstützungen des ... und seiner Familie 258 (58, 5), der ... als Vater 272 f. (61, 20—26), als Vormund 272 f. (61, 20—26), — als Pfleger 272 f. (61, 20—26), Vertragsstrafen des ... 274 (62, 2), Freigebigkeit des ... 276 (63, 5), persönliche Haftung des ... 278 (64, 5), Regreß- und Ausgleichsforderung von Cessionaren, Bürgen oder Mitschuldnern des ... 282 (67, 4 u. 5), — von Bürgen 282 (67, 4 u. 5), — von Mitschuldnern 282 (67, 4 u. 5), der ... als Bürge 283 (67, 7), — als Mitschuldner 283 (67, 7), — als Gesammtschuldner 284 (68), Beschwerderecht des ... 298 (73, 8), Recht zu Einwendungen gegen die Schlußrechnung des Verwalters 312 (86), Pflicht zur Auskunftsertheilung 326 (100, 1), Dienstleistung bei der Ausführung der Liquidation 327 (100, 2), Beschränkung der Bewegungsfreiheit 327 (101, 1), Vorführung und Haft 328 (101, 2 u. 3), Zahlungsunfähigkeit 329 ff. (102), 374 (131), 519 ff. (207 u. 208), 522 ff. (63 u. 64), 525 ff. (98 u. 99), 543 (140), 543 ff. (209 u. 210), 552 (113), wer kann nur Gemeinschuldner sein? 329 (102, 1), ein Konkursverfahren über das Vermögen mehrerer ... 329 (102, 1), Recht und Pflicht zum Eröffnungsantrag 331 (103, 2), das Verfahren auf Antrag 332 (104, 2), Anhörung des ... vor der Konkurseröffnung 335 (105,

Digitized by Google

3), Einwendungen des ... vor der Konkurseröffnung 335 f. (105, 4 u. 5), Zwangsmittel gegen den ... 337 (106), Exmission des ... 352 (117, 1), Postsendungen und Depeschen an den ... 356 (121), Offenbarungseid des ... 360 (125), Veräußerung von Nachlaßgegenständen, wenn er Vorerbe ist 369 (128), sein Geschäft 371 (129), 375 ff. (132—134), nothdürftiger Unterhalt des ... und seiner Familie 371 (129), 375 (132), seine Wohnung 373 (129, 3), Widerspruchsrecht des ... gegen Rechtshandlungen des Verwalters 380 (135), Verpflichtung des ... zur Erklärung über die angemeldeten Forderungen 390 (141), 392 (141, 7), Widerspruch des ... bei festgestellten Forderungen 398 (144, 5), Aufnahme von Prozessen durch den ... während des Konkurses 398 (144, 5), 399 (144, 6), Widerspruch des ... bei nicht festgestellten Forderungen 399 (144, 6), Antrag des ... auf Aussetzung einer Abschlagsvertheilung 443 (160, 1), Wiedererlangung seiner Verfügungsbefugnisse nach der Konkursaufhebung 451 (163, 4), Zwangsvollstreckung gegen ihn aus der Tabelle 452 (164), seine Wiedereinsetzung wegen Versäumung des Prüfungstermins 456 (165), sein Vorschlag auf Abschluß eines Zwangsvergleiches 469 (173), Voraussetzungen für seine Vergleichsfähigkeit 470 (173, 1), Tod des ... im Zwangsvergleichverfahren 473 (174, 5), Flucht des ... 474 (175, 2), Verweigerung des Offenbarungseides 474 (175, 2), gerichtliche Untersuchung gegen ihn wegen betrüglichen Bankerutts 474 (175, 3), rechtskräftige Verurtheilung deswegen 474 (175, 4), sein Widerspruch gegen die Verwerthung der Masse 476 (177, 2), seine Ladung zum Vergleichstermin 476 (179), Antrag des ... auf Verbindung des Vergleichstermin mit dem allgemeinen Prüfungstermin 478 (180), Abkommen des ... zum Zwecke der Bevorzugung einzelner Gläubiger beim Zwangsvergleich 479 f. (181, 4—6), Antrag des ... auf Wiederholung der Abstimmung in einem neuen Vergleichstermin 483 f. (182, 8—10), Stellung des Ehegatten des ... bei der Abstimmung im Vergleichstermin 484 f. (183, 1—3), Stellung der Cessionare des Ehegatten bei derselben Gelegenheit 485 (183, 4 u. 5), unredliches Verhalten des ... 489 (187 Satz 1), leichtsinniges Verhalten des ... 489 (187 Satz 2), sofortige Beschwerde des ... gegen den den Zwangsvergleich bestätigenden oder verwerfenden Gerichtsbeschluß 492 (189), freie Verfügung des ... über die Masse nach der Konkursaufhebung 496 (192), Bürgen des ... 497 (193), Zwangsvollstreckung gegen ihn auf Grund des Vergleichs 502 (194), Nichterfüllung des Vergleiches durch den ... 504 (195), Betrug des Gemeinschuldners beim Zustandekommen des Vergleiches 504 (196), Verurtheilung des ... wegen betrüglichen Bankerutts nach abgeschlossenem Zwangsvergleich 506 (197), die in der Zeit von der Aufhebung bis zur Wiederaufnahme des Konkurses vorgenommenen Rechtshandlungen des .. 509 (199, 1), Einfluß der Konkurseröffnung auf seine bürgerlichen, politischen und Ehrenrechte 511 (Vorb. 2 vor 202), Einfluß der Konkursaufhebung darauf 511 (Vorb. 2 vor 202), Antrag des ... auf Einstellung des Verfahrens 513 (202, 1), freie Verfügung des ... über die Masse nach der Einstellung des Verfahrens 518 (206), ... im Konkurse der offenen Handelsgesellschaft 544 (209, 2), — der Kommanditgesellschaft 544 (209, 2), — der Kommanditgesellschaft auf Aktien 544 (209, 2), — eines nicht rechtsfähigen Vereins 553 (213, 4), ... im Nachlaßkonkurse 556 (Vorb. 1 vor 214), Wechsel in der Person des ... 556 (Vorb. 1 vor 214), Tod des ... während des Konkurses 563 ff. (Vorb. 16 bis 19 vor 214), ... im Konkurse nach dem Tode des ersten Gemeinschuldners 563 (Vorb. 16 vor 214), Beerdigungskosten 565 (Vorb. 19 vor 214), ... bei Eintritt einer Nacherbschaft 599 (231, 1), ... beim Erbschaftskauf 600 (232, 2), ausländische ... 614 (238), Strafbestimmungen gegen ihn 616 ff. (239 ff.), preußische Ausführungsbestimmungen betr. Beschränkungen des ... 713 (51—53), s. auch Schuldner.

Gemeinschuldordnung, Entwurf 5 (Einl. 2).

Genehmigung der Gläubiger zu Handlungen des Verwalters 371 (129), 379 (133), 379 (134), 382 (137), ... der Vornahme der Schlußvertheilung durch das Gericht, Zweck dieser Bestimmung 446 (161, 4), Voraussetzung der ... 446 (161, 5), Form der Ertheilung der ... 446 (161, 6), Anfechtbarkeit des die Vornahme genehmigenden oder versagenden Beschlusses 446 (161, 7), Unzulässigkeit eines Zwangsvergleichs nach vollzogener ... 470 (173, 3..

Genossen s. Genossenschaften.

Genossenschaften, Allgemeines, Einfluß der Konkurseröffnung 119 (25, 4), Ansprüche einer ... im Konkurse eines Mitgliedes 238 (51, 5), Stellung der Inhaber der von einer .. ausgestellten Schuldverschreibungen im Konkurse der ... 265 (Vorb. 5 vor 61), 652 (17), kein Vorrecht für Forderungen der ... 271 (61, 16), Mittheilung der Konkurseröffnung ans Genossenschafsregister 347 (162), Zwangsvergleich im Konkurse einer eingetragenen ... 474 (175, 1), 536 (116), Wirkung der Konkursaufhebung 497 (192, 2), Genossenschaftsgesetz 525 ff. (98 ff.), Konkurs von ... 525 ff. (98 ff.), Konkursgrund 525 (98), Antragspflicht des Vorstandes 526 (99), Antragsberechtigung 527 (100), Auflösung infolge Konkurseröffnung 527 (101), Nachschußpflicht 528 (105), Vorschußbe-

Digitized by Google

rechnung 529 ff. (106 ff.), Einwendungen dagegen 530 (108), Zusatzberechnung 534 (113), Nachschußberechnung 534 (114), Nachtragsvertheilung 535 (115), Einstellung Einstellung des Verfahrens 536 (116), Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder und Liquidatoren 637 (244), bayrische ... 641 (6).

Genossenschaften mit beschränkter Haftpflicht 542 f. (135 ff.), Haftung mit mehreren Geschäftsantheilen 542 (135), Konkursgrund 543 (140), Beschränkung der Haftpflicht 543 (141), Verjährung der Klage der Gläubiger gegen die einzelnen Genossen 543 (141), s. auch Genossenschaften.

Genossenschaften mit unbeschränkter Haftpflicht 536 ff. (119 ff.), Haftpflicht 536 (120), 537 (122, 1), Beitrittserklärung 537 (120, 2), Konkursgrund 537 (121), Auflösung 537 (121), Verfolgung von Konkursforderungen gegen einzelne Genossen 538 (122, 2 u. 4 u. 6), deren Einreden 538 (122, 3), Feststellung streitig gebliebener Forderungen 538 (122, 6), Verjährung der Klage gegen die einzelnen Genossen 539 (123), Eintritt der Genossen in die Rechte von Konkursgläubigern 540 (124), Haftung aller ausgeschiedenen Genossen 540 (125) Haftung der Erben eines durch Tod ausgeschiedenen Genossen 540 (125, 2), s. auch Genossenschaften.

Genossenschaften mit unbeschränkter Nachschußpflicht 541 f. (126 ff.), Anwendung früherer Bestimmungen 541 (126), Beitrittserklärung 541 (127), Nachschußpflicht ausgeschiedener Genossen 541 (128), Berechnung der Beitragspflicht 542 (129), Einziehung der Nachschüsse 542 (130), Rückerstattung der Beiträge an ausgeschiedene Genossen 542 (130), s. auch Genossenschaften.

Genossenschaftsregister, Mittheilung der Konkurseröffnung zum ... 347 (112).

Gepfändete Forderungen, Ausübung des Stimmrechts betreffs ... eines Konkursgläubigers 482 (182, 7).

Gerechtigkeiten als unbewegliches Vermögen 218 (47, 3).

Gerichte, ordentliche ... 12 (Einl. 4), Verhältniß deutscher ... zu einander 13 (Einl. 4), — zum Ausland 13 f. (Einl. 4), besondere ... 14 (Einl. 4), 409 (146, 8 u. 9), 410 (146, 10), s. auch Beschwerdegericht, Konkursgericht, Prozeßgericht.

Gerichtsamtsblatt, öffentliche Bekanntmachung 300 (76).

Gerichtsbarkeit, Verhältniß des Konkursverfahrens zur streitigen und freiwilligen ... 12 ff. (Einl. 4).

Gerichtsferien, Anwendbarkeit der Bestimmungen des G.V.G. 291 (Vorb. 2 zum 1. Titel 2. Buchs).

Gerichtsgebühren s. Gerichtskosten.

Gerichtskosten als Konkursforderung 53 (3, 14), die gerichtlichen Kosten für das gemeinschaftliche Verfahren 255 (58 Ziff. 1), Umfang dieser Kosten 257 (58, 3), kein Vorrecht für ... 269 (61, 10).

Gerichtsschreiber, Bewirkung der Zustellung der Entscheidungen des Konkursgerichts 296 (73, 2), Bewirkung der Bekanntmachung des Eröffnungsbeschlusses 346 (111), — des offenen Arrestes 346 (111), — der Anmeldefrist 346 (111), — der Termine 346 (111), Bewirkung der Mittheilung der Konkurseröffnung an Behörden 347 (112), — der Bekanntmachung des Aufhebungsbeschlusses 350 (116), 450 (163), 493 (190), — der Siegelung und Entsiegelung der Masse 358 (122, 2), — der Schließung der Geschäftsbücher des Gemeinschuldners 358 (122, 3), Erklärung der Anmeldung einer Forderung zu Protokoll des ... 385 (139), Eintragung der angemeldeten Forderung durch den ... in die Tabelle 389 (140), Vermerk der Feststellung der Forderung durch den ... auf Wechseln 399 (145), — auf sonstigen Urkunden 399 (145), Ertheilung des Auszuges aus der Tabelle 406 (146, 2), Bewirkung der Bekanntmachung des Einstellungsbeschlusses 517 (205).

Gerichtsschreiberei, Niederlegung auf der ..., — der Schlußrechnung des Verwalters 312 (86), — des Masseinventars 359 (124), — der Massebilanz 359 (124), — der Siegelungs- und Entsiegelungsprotokolle 359 (124), — der Forderungsanmeldungen 389 (140), — der Tabelle 389 (140), — des Vertheilungsverzeichnisses 423 (151, 1), — der Gerichtsentscheidung betreffend die Berichtigung des Vertheilungsverzeichnisses 440 (158, 4), — des Zwangsvergleichsvorschlags 476 (178 u. 179), — der Erklärung des Gläubigerausschusses über die Annehmbarkeit des Vorschlags 476 (178 u. 179), — des Antrages auf Einstellung des Verfahrens 514 (203).

Gerichtsstand für Anfechtungsklagen 140 (29, 19), für Prozesse gegen den Verwalter 290 (Vorb. 2 vor 71), für Prozesse des Verwalters gegen Dritte 290 (Vorb. 2 vor 71), ... des Gemeinschuldners 291 (71) ... für Prozesse gegen ausländische Gemeinschuldner 611 (237, 2), ... eines Schuldners der im Deutschen Reiche keinen allgemeinen Gerichtsstand hat 614 (238).

Gerichtsverfassungsgesetz, Bedeutung des ... für das Konkursverfahren 12 ff. (Einl. 4), Anwendung seiner Bestimmungen 294 (72, 3).

Gesammtforderungen, Stimmrecht der Inhaber von ... im Vergleichstermin 482 (182, 7), — des Ehegatten des Gemeinschuldners als Mitinhabers einer ... im Vergleichstermin 485 (183, 3).

Gesammtgut, Wirkung der Konkurseröffnung über das Vermögen eines Ehegatten hinsichtlich des ... 46 (2), Wirkung der Zu-

Digitized by Google

gehörigkeit des Nachlasses zum ... im Nachlaßkonkurse 573 (218), 575 (219), 605 (234).
Gesammtgutsverbindlichkeiten im Konkurse bei fortgesetzter Gütergemeinschaft 610 (236, 6), Haftung des Ehegatten 610 (236, 7).
Gesammtschuldner, der Gemeinschuldner als ... 284 (68), das Recht des Gläubigers auf Geltendmachung des vollen Betrages 284 f. (68, 1 u. 2), Rückgriff gegen den Gläubiger bei Zuvielerhebung 285 (68, 3), Verpflichtung des Gläubigers zum Abzuge erfolgter Zahlungen 286 (68, 4).
Geschäft des Gemeinschuldners, Fortführung und Schließung des ... durch den Verwalter 373 (129, 5), 375 (132), Mittheilung von der beabsichtigten Schließung an den Gemeinschuldner 374 (130, 1 u. 2), Veräußerung des ... im Ganzen durch den Verwalter 379 (134, 2), Geschäft eines Ausländers im Inlande 614 (238).
Geschäfte des Verwalters, Ansprüche aus Geschäften des Verwalters 259 (59, 2).
Geschäftsbesorgung für den Gemeinschuldner 111 (22, 2), ... durch Auftrag 113 (23, 2), ... durch Dienstvertrag 113 (23, 2), ... durch Werkvertrag 113 (23, 2), ... durch Anweisung 114 (23, 2), ... durch den Gemeinschuldner 114 (23, 3), Wirkung der Konkurseröffnung auf die ... 114 (23, 5 u. 6), früheres Recht 115 (23, 8), Anspruch des Geschäftsführers einer Gesellschaft auf Vergütung 127 (27, 3).
Geschäftsbücher, Zugehörigkeit zur Masse 31 (1), 34 (1, 9), 353 (117, 3), Schließung der ... des Gemeinschuldners 358 (122, 3), Bestrafung wegen unterlassener Buchführung 624 f. (239, 20 u. 21), Vernichtung oder Verheimlichung von ... 628 ff. (240, 10—13).
Geschäftseinrichtungen über das Verhältniß des Werthes der ... zum Aufwand 627 (240, 3).
Geschäftsfreunde über das Verhältniß der Ausgaben für Bewirtung von ... zum Aufwand 627 (240, 3).
Geschenke s. Gelegenheitsgeschenke, unentgeltliche Verfügungen.
Geschenknehmer, Anfechtung gegen den unredlichen ... 184 (37, 12), — gegen den redlichen ... 185 f. (37, 13 u. 14).
Geschichte des Konkursverfahrens 1 ff. (Einl. 1).
Geschwister, Anfechtung von Verträgen des Gemeinschuldners mit seinen ... im Konkurse 158 (31), — außerhalb des Konkurses 672 (3).
Gesellen, Vorrechtsforderungen wegen Lohns 267 (61, 4).
Gesellschaft, Auseinandersetzung der Gesellschafter bei Konkurs eines von ihnen 89 (16), Absonderungsrecht eines Gesellschafters 236 (51), s. im übrigen Aktiengesellschaften, Genossenschaften, Gesellschaften des bürgerlichen Rechts, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommanditgesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien, offene Handelsgesellschaften, stille Gesellschaft.
Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, Einfluß der Konkurseröffnung 118 (25, 4a), Ansprüche des Geschäftsführers einer ... aus der Geschäftsführung nach der Konkurseröffnung 127 (28), Wirkung der Konkursaufhebung nach vorangegangenem Zwangsvergleich 497 (192, 2).
Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Einfluß der Konkurseröffnung 119 (25, 4), Stellung der Inhaber der von einer ... ausgestellten Schuldverschreibungen im Konkurse der Gesellschaft 265 (Vorb. 5 vor 61), Wirkung der Konkursaufhebung nach vorangeganenem Zwangsvergleich 497 (192, 2), Konkurs von ... 522 ff. (63 ff.), Antragspflicht der Geschäftsführer 523 (64, 1), Ersatzansprüche gegen Geschäftsführer 523 (64, 2).
Gesellschafter, Auseinandersetzung der Gesellschafter des Gemeinschuldners mit diesem 89 (16), Wirkung der Konkurseröffnung auf den Gesellschaftsvertrag nach bürgerlichem Recht 118 (25, 4), Ansprüche des geschäftsführenden ... aus der Geschäftsführung nach der Konkurseröffnung 127 (28), Ersatzansprüche aus Aufwendungen 127 (28, 2), Vergütungsansprüche 128 (28, 3), Schadensersatzansprüche 128 (28, 4), Absonderungsrecht eines ... 236 (51), Aufrechnung eines ... einer offenen Handelsgesellschaft gegen einen Gesellschaftsgläubiger 243 (53, 3), Konkurs über Gesellschaften 518 ff. (207—213), Konkurs eines persönlich haftenden Mitgliedes einer offenen Handelsgesellschaft 549 (212), — einer Kommanditgesellschaft 549 (212), — einer Kommanditgesellschaft auf Aktien 549 (212), Ausfallshaftung für Gesellschaftsforderungen 550 (212, 3), Wirkung eines Zwangsvergleiches auf Gesellschaftsforderungen 550 (212, 3), bayrische ... 641 (6).
Gesellschaftsgläubiger, Stellung der ... bei Auseinandersetzung des Gesellschafters eines Gemeinschuldners 90 (16, 4), Aufrechnung einer offenen Handelsgesellschaft gegen einen ... und umgekehrt 243 (53, 3), eventuelle Gleichstellung mit den absonderungsberechtigten Gläubigern 462 (168, 2), Rechte des Gläubigers einer offenen Handelsgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft und einer Kommanditgesellschaft auf Aktien im Konkurse über das Privatvermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters 549 (212), ... bei einer Kommanditgesellschaft 549 (212), ... einer Kommanditgesellschaft auf Aktien 549 (212).
Gesetz im Sinne der K.O. 639 (2), gesetzliche Zinsen s. Zinsen.
Gesinde, Kündigungsrecht des ... bei Konkurseröffnung über das Vermögen des Dienst-

Digitized by Google

herrn 110 (22), Vorrecht des ... für Lohn 265 ff. (61, 7—9).
Gewahrsam, Wirkung des ... einer Sache für Absonderungsrechte 224 (48, 10).
Gewährung eines Vorrechts in Preußen s. Vorrechte.
Gewerbe, Vorrecht der Gewerbegehülfen 367 (61, 4), Vorrecht der gewerblichen Innung 270 (61, 16), gewerbliche Niederlassung eines Ausländers 614 (238).
Gewerbegehülfen, Vorrechtsforderung wegen Lohns 267 (61, 4).
Gewerbegericht im Feststellungsprozeß 409 (146, 8).
Gewerbesteuern s. Steuern.
Gewerbliche Niederlassung des Gemeinschuldners, Bedeutung für die Zuständigkeit des Konkursgerichts 292 (71, 2), Konkurs des ausländischen Inhabers einer ... 614 (238), Begriff der ... 615 (238, 4).
Gewerkschaft, Absonderungsrechte von Gewerkschaftlern beim Konkurse eines Gewerkschaftlers 238 (51, 5).
Gewerkschaftskassenbeiträge, Beiträge eines Gewerken zur Gewerkschaftskasse 258 (58, 4).
Glaubhaftmachung der Bedingungen für die Eröffnung des Konkursverfahrens durch den Gemeinschuldner 332 f. (104, 2 u. 3), — durch den Konkursgläubiger 335 (105, 2), ... des Ausfalls bei einer abgesonderten Befriedigung 434 (153, 6), ... der den Antrag auf Verwerfung des Zwangsvergleichs begründenden Thatsachen 491 (188, 3), ... der Zahlungsunfähigkeit oder Ueberschuldung beim Eröffnungsantrage nur eines Vorstandsmitgliedes oder Liquidators einer Aktiengesellschaft 522 (208, 3), ... der Ueberschuldung des Nachlasses beim Eröffnungsantrage nur eines Erben 572 (217, 7).
Gläubiger mit Anspruch auf Befriedigung aus gewissen Gegenständen 425 (151, 4), 427 (151, 10), ... des eingebrachten Gutes im Konkurse der Ehefrau 426 (151, 8), ... mit Ansprüchen auf sonst unpfändbare Gegenstände 427 (151, 9), Stellung der ... mit dem Recht auf Befriedigung aus gewissen Gegenständen im Vertheilungsverfahren 435 (153, 8), ... deren Begünstigung durch den Schuldner strafbar ist 632 (241, 7), s. auch bevorrechtigte Gläubiger, Gesellschaftsgläubiger, Konkursgläubiger, Massegläubiger, Nachlaßgläubiger und Nießbrauch
Gläubigerausschuß, Gebühren und Auslagen des ... als Massekosten 258 (58, 4), Antrag auf Amtsenthebung des Verwalters 309 (84), Rechtsstellung des ... 314 (87, 1), Mitgliederzahl des ... 314 (87, 2), ... Zahl der Ausschüsse 315 (87, 2), Bestellung eines provisorischen ... 315 (87, 3), — eines definitiven ... 315 (87, 4), Befugnisse der Mitglieder 316 (88, 1), — des Gesammtausschusses 316 (88, 2), Verantwortlichkeit der Mitglieder 316 (89), Beschlußfassung 317 (90), Geschäftsordnung und Abstimmung 317 (90, 1), Einwirkung der Gläubigerversammlung auf den ... 317 (90, 2), Anspruch der Mitglieder des ... auf Erstattung ihrer Auslagen und auf Vergütung 317 (91), Widerruf der Bestellung zum Mitgliede 318 (92, 1 u. 2), Niederlegung des Amtes seitens eines Mitgliedes 318 (92, 2), Antrag auf Berufung der Gläubigerversammlung 320 (93, 3), Anspruch auf Auskunftsertheilung gegen den Gemeinschuldner 326 (100), Antrag auf Unterlassung der Inventur 358 (123), — auf Aufnahme der Inventur ohne Zuziehung einer Urkundsperson 358 (123), Befugniß zur Gewährung von Unterhalt an den Gemeinschuldner 372 (129, 1), Befugniß zur Schließung oder Fortführung des Geschäfts 373 (129, 5), Befugniß zur Hinterlegung von Geld, Werthpapieren und Kostbarkeiten 373 (129, 6), Genehmigung zu Geschäften des Verwalters 375 ff. (133 u. 134), — zum vorzeitigen Verkauf von Massegegenständen 377 (133, 3), — zur Erfüllung von Rechtsgeschäften 377 (133, 5), — zum Anhängigmachen von Prozessen 377 (133, 6), — zur Ablehnung der Aufnahme von Prozessen 378 (133, 7), — zum Abschluß von Vergleichen oder Schiedsverträgen 378 (133, 8), — zur Anerkennung von Aussonderungs-, Absonderungs- oder Massean sprüchen 378 (133, 8), — zur Einlösung von Pfandstücken 378 (133, 8), — zur Veräußerung von Forderungen 378 (133, 9), — zur Veräußerung eines unbeweglichen Gegenstandes aus freier Hand 379 (134, 1), — zur Veräußerung des Geschäfts oder Waarenlagers im Ganzen 379 (134, 2), — zur Veräußerung des Rechts auf den Bezug wiederkehrender Einkünfte 380 (134, 3), — zur Aufnahme von Darlehn 380 (134, 4), — zur Uebernahme fremder Verbindlichkeiten 380 (134, 4), — zur Verpfändung von Massegegenständen 380 (134, 4), — zur Erstehung von Grundstücken 380 (134, 4), Verhältniß des Gemeinschuldners zum ... 380 (135), Mitzeichnung der Quittungen des Verwalters über den Empfang von Gegenständen von der Hinterlegungsstelle 382 (137), Mitzeichnung der Anweisungen auf die Hinterlegungsstelle 382 (137), Mitzeichnung der auf hinterlegte Beträge gezogenen Wechsel 383 (137, 3), Stellung im Vertheilungsverfahren 423 (150, 2), Mitwirkung bei der Bestimmung des Prozentsatzes einer Abschlagsvertheilung 441 (159, 1), Beendigung der Thätigkeit des ... 451 (163, 4), Vorprüfung des Zwangsvergleichsvorschlags 475 (176, 1 u. 2), 475 ff. (177 u. 178), Antrag auf Verbindung des Vergleichstermins mit dem allgemeinen Prüfungstermin 478 (180), Anhörung durch das Gericht vor Bestätigung des Zwangsvergleichs 487 (184, 3), Thätigkeit im wiederaufgenommenen

Digitized by Google

Konkursverfahren 510 (201), ... beim Genossenschaftskonkurs 527 (103).
Gläubigerbegünstigung s. Begünstigung.
Gläubigerbenachtheiligung s. Benachtheiligung.
Gläubigerversammlung, Recht auf Wahl eines anderen als des vom Gericht bestellten Verwalters 306 (80, 1), Beschwerdeberechtigte gegen den die Ernennung des gewählten Verwalters versagenden Beschluß 306 (80, 2), Antrag auf Amtsenthebung des Verwalters 310 (84, 2), Recht auf Legung der Schlußrechnung gegen den Verwalter 312 (86, 1), Befugniß zur Bestellung eines Gläubigerausschusses 314 (87), Anhörung vor Festsetzung der Auslagen und Vergütung des Ausschusses 317 (91), Widerruf der Bestellung eines Gläubigerausschußmitgliedes 318 (92), Befugnisse und Rechtsstellung der ... 319 (93, 1), Berufung der ... 320 (93, 2), Antrag auf Berufung der ... 320 (93, 3), Leitung der ... 321 (94, 1), Voraussetzung für die Wirksamkeit eines Beschlusses der ... 321 (94, 2), Abstimmung 322 (94, 3—5), Zusammensetzung 323 (95, 1), Stimmberechtigung 323 (95, 2), Feststellung des Stimmrechts für streitige Forderungen 323 (95, 3), — für ungeprüfte Forderungen 323 (95, 4), Entscheidungen des Gerichts über das Stimmrecht 324 (95, 5—7), Stimmrecht Absonderungsberechtigter und aufschiebend bedingt berechtigter Gläubiger 324 (96), Zählung der Stimmen 325 (97), Bekanntmachung der Tagesordnung 325 (98), Untersagung eines Beschlusses der ... durch das Gericht 325 (99), Recht auf Auskunftsertheilung gegen den Gemeinschuldner 326 (100), Bericht des Verwalters in der ersten ... 374 (131), Beschluß über die Unterstützung des Gemeinschuldners 375 (132, 1), — über die Schließung oder Fortführung des Geschäfts 375 (132, 1), — über die Hinterlegung von Geld, Werthpapieren und Kostbarkeiten 375 (132, 1), — über die Berichterstattung und Rechnungslegung durch den Verwalter 375 (132, 2), Genehmigung zu Geschäften des Verwalters 376 (133, 1 u. 2), 379 (134), — zur Veräußerung von unbeweglichen Gegenständen aus freier Hand 379 (134, 1), — des Geschäfts oder Waarenlagers im Ganzen 379 (134, 2), — des Rechts auf den Bezug wiederkehrender Einkünfte 380 (134, 3), — zur Aufnahme von Darlehen 380 (134, 4), — zur Uebernahme fremder Verbindlichkeiten 380 (134, 4), — zur Verpfändung von Massegegenständen 380 (134, 4), — zum Ankauf von Grundstücken 380 (134, 4), Verhältnis des Gemeinschuldners zur ... 380 (135, 1), Befugniß auf Zulassung eines befreiten Verkehrs des Verwalters mit der Hinterlegungsstelle 382 (137). Beschlußfassung über nicht verwerthbare Gegenstände 445 (161, 2), Beendigung der Tätigkeit 451 (163, 4), Beschlußfassung über die Annahme eines Zwangsvergleichs 481 (182), Anhörung vor Einstellung des Verfahrens wegen mangelnder Masse 517 (204 3).
Gläubigerverzeichniß, Einreichung eines ... durch den Gemeinschuldner bei Stellung des Eröffnungsantrages 332 (104).
Gleichartigkeit, Erforderniß der ... der aufzurechnenden Aufforderungen bei der Konkursaufrechnung 248 (54, 6).
Greifswald, besonderes Ausführungsbestimmungen für den Appellationsgerichtsbezirk ... 711 (43 u. 45).
Große Haverei s. Haverei.
Grund, Angabe des ... der Forderung bei der Anmeldung 387 (139, 6).
Grundbuch, öffentlicher Glaube bei Rechtshandlungen des Gemeinschuldners 63 (7, 5), — bei Leistungen Dritter an den Gemeinschuldner 68 (8, 4), Erwerb eines Dritten vom Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung durch Eintragung ins ... 83 f. (15, 3 u. 4), Wirkung der Eintragung einer Vormerkung vor der Konkurseröffnung für die Zeit nachher 115 (24), Anfechtbarkeit eines sich durch Eintragung ins ... vollziehenden Erwerbes 147 (30, 13), öffentlicher Glaube bei der Anfechtung gegen den Rechtsnachfolger 193 (40, 7), Eintragung des offenen Arrestes und des Eröffnungsbeschlusses 348 (113, 1), 705 (15), Berichtigung bei Freigabe durch den Verwalter 349 (114, 1), Gebührenfreiheit für die Eintragung und Löschung von Vermerken 350 (115), Löschung des Eintragungsvermerkes nach der Konkursaufhebung 351 (116, 2), 452 (163, 5), 494 (190, 4), 705 (15), Eintragung der Wiederaufnahme des Verfahrens 508 (198), Löschung des Eintragungsvermerkes bei Einstellung des Verfahrens 517 (205).
Grunddienstbarkeiten s. Grundgerechtigkeiten.
Grundschuld, Wirkung eines Zwangsvergleiches auf die Rechte aus einer ... 497 (193). ... des Erben am Nachlaßgrundstück 585 (225, 1).
Grundschuldgläubiger s. Grundschuld.
Grundstücke als Gegenstände des Absonderungsrechts am unbeweglichen Vermögen 218 (47, 3), Zubehör 219 (47, 3), Eintragung des offenen Arrestes und der Konkurseröffnung auf ... des Gemeinschuldners 349 (113, 3 u. 4), Freigabe von ... durch den Verwalter 349 (114), s. auch unbewegliches Vermögen.
Grundstücksmakler haben keine Kaufmannseigenschaft 622 (239, 14).
Gut, Konkurs des ausländischen Eigenthümers eines ... 614 (238), — des ausländischen Nutznießers eines ... 614 (238), — des ausländischen Pächters eines ... 614 (238), Begriff des ... 615 (238, 5),

Digitized by Google

ausschließliche Zuständigkeit des Amtsgerichts des ... 615 (238, 6).
Güterabtretung, Aufhebung der landesgesetzlichen Rechtswohlthat der ... 641 (4).
Gütergemeinschaft, Stellung des Gesammtgutes im Konkurse eines der Ehegatten bzw. der Abkömmlinge bei allgemeiner ... 47 (2, 1), — bei Errungenschaftsgemeinschaft 47 (2, 1), — bei Fahrnißgemeinschaft 47 (2, 1), — bei fortgesetzter Gütergemeinschaft 47 (2, 2), — bei Gütergemeinschaften außerhalb des B.G.B. 47 (2, 3), 656 (VI, 2), Ablehnung der fortgesetzten ... durch den Gemeinschuldner 69 (9, 2), Absonderungsrecht auf Grund ehelicher ... 237 (51, 5), Stimmrecht der Theilnehmer einer aufgelösten ... 482 (182, 7), Konkursverfahren über eine der Ehefrau angefallene Erbschaft, die zum Gesammtgut gehört 606 (234, 6), Konkursverfahren über das Gesammtgut bei fortgesetzter ... 608 (236).
Güterrecht der Eheleute. Einfluß auf die Aussonderungsbefugniß der Frau im Konkurse des Mannes 212 (45, 8).
Guter Glaube, Einfluß bei Nichtigkeit von Rechtshandlungen 62 (7, 4), ... bei Leistungen an den Gemeinschuldner 68 (8, 3), ... beim Erwerbe von Absonderungsrechten nach der Konkurseröffnung 82 (15), ... bei Anfechtungen von Rechtshandlungen 146 f. (30, 11—13), 157 (30, 38), 158 f. (31, 1 u. 2), 161 (31, 9), ... bei anfechtbaren Geschenken 184 (37, 12 u. 13), ... bei Abtretung von Forderungen an Ausländer 234 (50), ... bei Aufrechnungen 252 (56), ... bei einem Veräußerungsverbot 339 (106, 6), ... bei Sachen im Besitze Dritter 355 (119, 1), s. auch Kenntniß.
Gutspächter s. Pächter.

H.

Haft, Zulässigkeit der ... gegen den Gemeinschuldner 328 (101, 3), 338 (106, 2), 362 (125, 4), berechtigt zur Anordnung der Haft 328 (101, 3), 338 (106, 2), Verfahren 328 (101, 3).
Haftbarkeit des Gemeinschuldners für Handlungen des Verwalters 30 (Vorb. 3 i vor 1), 253 (Vorb. 2 vor 57), ... des Verwalters 307 (82), ... der Mitglieder des Gläubigerausschusses 316 (89) ... der Besitzer von Sachen des Gemeinschuldners bei versäumter Anzeige 355 (119).
Haftung, Einfluß des Zwangsvergleichs auf die persönliche ... der Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft 548 (211, 3), — einer Kommanditgesellschaft 548 (211, 3), — einer Kommanditgesellschaft auf Aktien 548 (211, 3).
Haftungsbeschränkung, Vorbehalt der ... bei festgestellten Forderungen im Nachlaßkonkurs 558 (Vorb. 4 vor 214).
Hamburg, älteres Konkursrecht 4 (Einl. 1).
Handelsagenten, Vorrechtsforderung wegen ihrer Bezüge 268 (61, 4).
Handelsbücher des Gemeinschuldners, Vorlegung 300 (75, 1), Schließung 358 (122, 3), Verpflichtung zur Führung von ... 623 (239, 15), 628 (240, 10). Unterlassung der Buchführung 624 (239, 20), 629 (240, 11), Vernichtung oder Verheimlichung von ... 625 (239, 21), 629 (240, 12), mangelhafte Buchführung 625 (239, 21), 630 (240, 13).
Handelsgerichtskammern s. Kammern für Handelssachen.
Handelsgesellschaften, Einfluß der Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters 118 (25, 4), — über das Gesellschaftsvermögen 118 (25, 4), Absonderungsrecht von Mitgliedern einer ... beim Konkurse eines Mitglieds 237 (51, 5), Konkurs von ... 518 ff. (207—208), 522 ff. (63—84), 525 ff. (98—141), 543 ff. (209 bis 212), Strafbestimmungen gegen die Vorstandsmitglieder 637 (244), — gegen die Liquidatoren 637 (244), s. auch Aktiengesellschaften, Genossenschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommanditgesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien, offene Handelsgesellschaften.
Handelsgesetzbuch, Absonderungsrecht auf Grund eines Zurückbehaltungsrechts nach dem ... 234 (49, 21), Verhältniß des ... zur K.O. 640 (3, 1).
Handelskammern, Vorrecht 270 (61, 16).
Handelsniederlassung eines Ausländers 614 (238).
Handelsregister, Eintragung der Konkurseröffnung 347 (112, 2), 524 (64, 3), 705 (13).
Handelssachen s. Kammern für Handelssachen.
Handelsspekulationen, Verhältniß von ... zum Aufwand 627 (240, 3).
Handlungen, Ansprüche aus ... des Verwalters 259 (59, 2).
Handlungsdiener, Vorrechtsforderung wegen Lohns 267 (61, 4).
Handlungsgehülfen, Vorrechtsforderung wegen Lohns 267 (61, 4).
Handwerker, Absonderungsrecht 233 (49, 17), Begriff der ... 623 (239, 16), Unterschied vom Fabrikanten 623 (239, 17), kaufmännischer Nebenbetrieb eines ... 624 (239, 18), Grenze zwischen Kleingewerbe und Großbetrieb 624 (239, 19).
Handwerkskammern, Vorrecht 270 (61, 16).
Hannover, besondere Ausführungsbestimmungen für die Provinz ... 704 (11), 712 (47 u. 49), 713 (50).
Hannoversches Königshaus, Aufrechterhaltung der Hausverfassung und Landesgesetze 642 (7).
Hauptverfahren wegen betrüglichen Bankerutts, Anhängigkeit eines ... 474 (175, 3).
Hausdiener, Vorrechtsforderung wegen Lohns 267 (61, 4).

Digitized by Google

Haushalt des Gemeinschuldners, Einfluß der Konkurseröffnung auf ein Dienstverhältniß im ... 111 (22, 5), Vorrecht der im ... Angestellten 265 (61 Ziff. 1).
Haushaltungsgegenstände, Aussonderung durch die Ehefrau 211 (45, 5)
Hausierer, Eigenschaft als Minderkaufmann 624 (239, 19).
Hausvater, Sorgfalt eines ordentlichen ... 307 (82, 1), 316 (89).
Hausverfassung, Aufrechterhaltung der ... der landesherrlichen Familien 642 (7), — der Familie Hohenzollern 642 (7), — des hannoverschen Königshauses 642 (7). — des kurhessischen Fürstenhauses 642 (7), — des nassauischen Fürstenhauses 642 (7).
Haverei, Pfandrecht der Vergütungsberechtigten bei großer ... 233 (49, 19).
Hebammen, Vorrecht wegen Kur- u. Pflegekosten 271 (61, 19).
Hebungen, Kapitalisierung wiederkehrender ... von bestimmtem Betrage und bestimmter Zeitdauer 287 (70), ... von unbestimmtem Betrage und unbestimmter Zeitdauer 288 (70, 2), Veräußerung von wiederkehrenden ... 380 (134, 3).
Heirathsgut, Anfechtung der Sicherstellung oder Rückgewähr des ... im Konkurse 167 (32, 10), — außerhalb des Konkurses 675 (3).
Herausgabe, Anspruch des Aussonderungsberechtigten auf ... von Gegenständen aus der Masse 201 (43, 6), — des Verwalters auf ... von Gegenständen gegen den Gemeinschuldner und Dritte 352 (117, 1).
Hinausschieben, Strafbarkeit des absichtlichen ... der Konkurseröffnung 628 (240, 7).
Hinterbliebene, Pfändung der Wittwen- und Waisenpension der ... von Beamten und Militärpersonen 35 (1, 10).
Hinterlegung, Verhältniß der ... bei Zwangsvollstreckungen zur Aussonderung und Absonderung 229 (49, 10), ... von Geldern, Werthpapieren und Kostbarkeiten 373 (129, 5 u. 6), 375 (132), Verkehr des Verwalters mit der Hinterlegungsstelle 382 (137), ... zurückbehaltener oder nicht erhobener Antheile nach der Schlußvertheilung 463 (169 1—3), Rechtsfolgen dieser Hinterlegung 464 (169, 4).
Hinterlegungsstelle, Bestimmung durch die Gläubigerversammlung 375 (132), Verkehr des Verwalters mit der ... 382 (137).
Hoffmann'sche Methode zur Berechnung des Zwischenzinses bei einer betagten unverzinslichen Forderung 280 (64, 4), — bei wiederkehrenden Hebungen 287 (70).
Hohenzollern, Aufrechterhaltung der Hausverfassung und Landesgesetze bezüglich der Familie ... 642 (7), besondere Ausführungsbestimmungen für das Gebiet ... 703 (4).
Höker, Eigenschaft als Minderkaufmann 624 (239, 19).
Homburg, besondere Ausführungsbestimmungen für den Amtsbezirk ... 703 (2 u. 3), 706 (17).
Honorar des Verwalters, über die Zugehörigkeit zu den Massekosten 257 (58, 3), Honoraranspruch des Verwalters 311 (85, 1, 2 u. 4).
Honorarforderungen s. Lohnforderungen.
Hören s. Anhörung.
Hotelwirthe, Kaufmannseigenschaft der ... 624 (239, 19).
Hülfskassen, kein Vorrecht 270 (61, 16).
Hypothek, Wirkung des Zwangsvergleiches auf die Rechte aus einer ... 497 (193).
Hypothekenbanken, Vorrechte der Pfandbriefgläubiger im Konkurse der ... 264 (Vorb. 3 vor 61), 425 (151, 4), 427 (151, 10), 465 (170, 2), Gleichstellung der Pfandbriefgläubiger mit den Absonderungsberechtigten 264 (Vorb. 3 vor 61), 278 (64, 5), 434 (153, 7), 462 (168, 2), Stellung der Pfandbriefgläubiger im Vertheilungsverfahren 425 (151, 4), 427 (151, 10), 434 (153, 7), 462 (168, 2), 465 (170, 2), Vorrechte der Inhaber der von Nichthypothekenbanken ausgestellten Pfandbriefe 652 (17).
Hypothekenbuch s. Grundbuch.
Hypothekenforderungen s. Absonderungsansprüche.
Hypothekengläubiger, Rechte auf abgesonderte Befriedigung 277 (64, 1), Einfluß des Zwangsvergleiches auf ihre Rechte 497 (193), s. auch unbewegliches Vermögen.
Hypothekenrechte, Erwerb von ... nach der Konkurseröffnung 82 (15, 1), — nach einem Veräußerungsverbote 339 (106, 6), — durch einen Zwangsvergleich 504 (194, 5).

J.

Illiquide Forderungen, gleichartige Behandlung bei der Aufrechnung wie die bedingten Forderungen 247 (54, 5).
Immobiliargläubiger, Rechte auf abgesonderte Befriedigung 218 (47), Begriff und Rangordnung 218 ff. (47, 1—5), die ... in den Konsulargerichtsbezirken 220 (47, 6), Verfahren, betreffend die Befriedigung der ... 220 (47, 7), 362 (126), Eintrittsrecht des Verwalters bei Befriedigung eines ... 220 (47, 8 u. 9), s. auch unbewegliches Vermögen.
Immobiliarmasse, Rechte auf abgesonderte Befriedigung aus der ... 218 (47), s. auch unbewegliches Vermögen.
Immobilien, Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung 362 (126), freihändiger Verkauf durch den Verwalter 379 (134), s. auch unbewegliches Vermögen.
Indossant, Voraussetzung für die Befugniß, die seit der Konkurseröffnung aufgelaufenen Zinsen im Verfahren geltend zu machen 275 (63, 2), Regreßanspruch des ... eines vom Gemeinschuldner acceptirten oder ausgestellten Wechsels gegen die Vordermänner und den Acceptanten 250 (55, 6),

Digitized by Google

Aufrechnung seitens des ... mit diesem Regreßanspruch 252 (55, 12).
Inkassogiro 170 (34, 5).
Inkassoindossament s. Inkassogiro.
Inkongruente Deckung, Anfechtbarkeit 153 (30, 24), ... als Voraussetzung der Bestrafung einer Gläubigerbegünstigung 633 (241, 9).
Inkrafttreten der Konkursordnung 639 (1), 642 (8), ... des Abänderungsgesetzes dazu 655 (V), 656 (VI), ... der das Anfechtungsgesetz abändernden Bestimmungen 658 (VIII), ... des Anfechtungsgesetzes 701 (14).
Inland, Verhältniß der inländischen Gläubiger zu den ausländischen 55 (5), die Voraussetzungen, unter denen Besitz von Ausländern im Inlande der Zwangsvollstreckung unterliegt 611 (237, 2), — dem Konkurse unterliegt 615 (238, 3—5).
Inländisches Vermögen, Zwangsvollstreckung in das ... eines im Ausland in Konkurs befindlichen Schuldners 611 (237), Nationalität dieses Schuldners 612 (237, 3), seine Vertretungsmacht in Prozessen gegen ihn 612 (237, 3), Umfang des ... im Falle des § 237 K.O. 612 (237, 4), Voraussetzungen für die gegen den Schuldner im Inlande geltend zu machende Forderung 612 (237, 5), Wirkung der Konkurseröffnung im Ausland auf einen im Inland schwebenden Prozeß 613 (237, 6), Ausnahmen von der Regel des § 237 K.O. 613 (237, 7), Konkurs über das ... eines Schuldners 614 (238), Nationalität dieses Schuldners 614 (238, 1), Umfang des ... im Falle des § 238 K.O. 615 (238, 2), Voraussetzungen für den Konkurs 615 (238, 3—5), Einfluß des ausländischen Konkurses auf einen inländischen Konkurs 615 (238, 7).
Innungen, Vorrecht der freien ... 270 (61, 16), — der Zwangsinnungen 270 (61, 16), Konkurs von ... 552 (213, 1).
Innungskrankenkassenbeiträge s. Krankenkassenbeiträge.
Insolvenz, Begriff und Wesen 328 (Vorb. vor 102), 329 (102), s. auch Zahlungsunfähigkeit.
Insufficienz, Begriff und Wesen 328 (Vorb. vor 102), ... als Konkursgrund für Aktiengesellschaften 519 (207, 1), — für Gesellschaften mit beschränkter Haftung 522 (63), — für eingetragene Genossenschaften 525 (98), 543 (140), — für einen Nachlaß 567 (215, 1), s. auch Ueberschuldung.
Interesse, Schätzung des ... von Gläubigern einer nicht auf einen Geldbetrag gerichteten Forderung 287 (69, 5—7), das gemeinsame ... aller Konkursgläubiger im Gegensatz zu einem Beschluß der Gläubigerversammlung 325 (99), — der nichtbevorrechtigten Konkursgläubiger im Zwangsvergleichsverfahren 492 (188, 5).
Interessenansprüche, Schätzungswerth von ... 287 (69, 2).
Interusurium, Abrechnung des ... bei betagten und verzinslichen Forderungen 280 (65, 5), — bei wiederkehrenden Hebungen 287 (70).
Invalidenversicherungsbeiträge, Vorrechtsforderungen 268 (61, 7).
Inventar, Zugehörigkeit des ... einer Apotheke zur Masse 34 (1, 8), — des ... einer Posthalterei 34 (1, 8), des landwirthschaftlichen ... 34 (1, 8), Absonderungsrecht des Verpächters am ... des Pächters 232 (49, 15), Absonderungsrecht des Pächters am mitgepachteten ... des Verpächters 233 (49, 16), Einreichung eines ... bei Stellung des Eröffnungsantrages durch den Gemeinschuldner 333 (104, 3), Anfertigung eines ... der Masse durch den Verwalter 359 (124), Erfordernisse dieses ... 359 (124, 1), Unterschied dieses von der Inventur 360 (124, 1), Niederlegung dieses ... auf der Gerichtsschreiberei 360 (124, 2), Ladung des Gemeinschuldners zur Leistung des Offenbarungseides nach Anfertigung des ... 360 (125).
Inventur der Massegegenstände durch den Verwalter 358 (123), Begriff der ... 358 (123, 1), Werthermittelung 359 (123, 2), Form 359 (123, 3), Voraussetzung für eine Unterlassung der ... 359 (123, 4), Unterschied der ... von dem Inventar der Masse 360 (124, 1).
Italien, das alt-italienische Konkursverfahren 1 (Einl. 1).
Juristentag, kein Vorrecht 270 (61, 16).
Juristische Person, das Konkursverfahren über das Vermögen einer ... 552 (213), entsprechende Anwendung der Vorschriften über Aktiengesellschaften 552 (213, 2), Konkursfähigkeit 655 (IV).
Justinianisches Recht, das Konkursverfahren im ... 1 (Einl. 1).

K.

Kammer für Handelssachen, Zuständigkeit der ... für Prozesse über streitige Forderungen 408 (146, 7).
Kapital, Verhältniß des ... zu Kosten und Zinsen bei der Immobiliarabsonderung 219 f. (47, 4—6), — bei der abgesonderten Befriedigung aus beweglichen Sachen 223 (48, 7), — aus Forderungen 223 (48, 7), — aus anderen Vermögensmassen 223 (48, 7), — bei Konkursforderungen 273 (62).
Kapitalisierung wiederkehrender Hebungen von bestimmtem Betrage und bestimmter Zeitdauer 287 (70), Voraussetzung der Kapitalisierungsvorschrift 288 (70, 1), Verfahren zur Ermittlung des Kapitals 288 (70, 3).
Kapitalsforderung, Verhältniß der ... zu den Kosten und Zinsen bei der abgesonderten Befriedigung 219 f. (47, 4—6), 223 (48, 7), gleichmäßige Behandlung der Nebenforderungen mit der ... 273 (62).

Digitized by Google

Kassatorische Klausel beim Zwangsvergleich 504 (195).
Kasse, Revision der ... des Verwalters 316 (88).
Kauf, Erfüllung eines vor der Konkurseröffnung abgeschlossenen ... 95 (17, 3), Einfluß des Verkaufs des Miethgegenstandes auf das Miethverhältniß bei Konkurs des Miethers 104 (19, 7), — des Pachtgegenstandes auf das Pachtverhältniß bei Konkurs des Pächters 104 (19, 7).
Kaufleute, Anwendung der älteren Konkursgesetze nur auf ... 2 f. (Einl. 1), Regelung des Konkurses der Nichtkaufleute in der preußischen K.O. 3 (Einl. 1), Stellung der heutigen K.O. zu den ... 7 (Einl. 2), 291 (Vorb. 3 vor 70), die gesetzlichen Pfandrechte des Handelsrechts und die Absonderung im Konkurse 233 (49, 19), das Zurückbehaltungsrecht des Handelsrechts und die Absonderung im Konkurse 234 (49, 21), über den kaufmännischen Konkurs 291 (Vorb. 3 vor 71), Strafbestimmungen für Bankerutt eines Kaufmannes 622 ff. (239, 14 bis 21), 628 ff. (240, 10—14), Begründung der Kaufmannseigenschaft 622 (239, 14), die hieraus entstehenden Pflichten 622 (239, 14), 628 (240, 10), Verpflichtung zur Buchführung 623 (239, 15), 628 ff. (240, 10—13), Begriff des Minderkaufmannes 623 (239, 16), kaufmännischer Nebenbetrieb 624 (239, 18), 629 (240, 11), Verpflichtung zur Bilanzziehung 628 (240, 10), 630 (240, 14).
Kaufmann s. Kaufleute.
Kaufpreis, Aussonderung bei nicht vollständiger Zahlung des ... 203 (44).
Kaution, Anfechtung einer Kautionsbestellung 156 (30, 37), Kautionsanspruch eines bedingt berechtigten Gläubigers 283 (67, 9).
Kenntniß von der Konkurseröffnung auf Seiten dessen, mit dem der Gemeinschuldner hernach kontrahirt hat 62 (7, 4), — der hernach eine Masseverbindlichkeit an den Gemeinschuldner erfüllt hat 68 (8, 3), ... von der Zahlungseinstellung bezw. dem Eröffnungsantrage bei der Anfechtung 146 f. (30, 11—13), ... von einem allgemeinen Veräußerungsverbot auf Seiten dessen, der hernach mit dem Gemeinschuldner kontrahirt hat 339 (106, 6), ... vom offenen Arreste auf Seiten des Besitzers eines Massegegenstandes, der hernach die Anzeige an den Verwalter unterläßt 355 (119, 1), s. auch guter Glaube.
Kinder, Einfluß der Konkurseröffnung auf den Nießbrauch des Gemeinschuldners am Kindergut 42 ff. (1, 24—26, Geltendmachung des Unterhaltsanspruches eines unehelichen ... 51 ff. (3, 11—13), Einfluß der Konkurseröffnung auf die Verwaltung des Kindervermögens 120 (25, 4 f.), Anfechtung von Rechtsgeschäften des Gemeinschuldners mit seinen ... 161 (31, 11), Vorrecht der ... des Gemeinschuldners 265 (61 Ziff. 5), 649 (13), Grund dieses Vorrechts 272 (61, 20), Begriff der ... 272 (61, 21), räumlicher Umfang des Vorrechts 272 (61, 23 u. 24), zeitlicher Umfang des Vorrechts 373 (61, 25 u. 26), reichsgesetzliche Uebergangsbestimmungen betr. das Kindesvorrecht 649 (13), preußische Ausführungsbestimmungen darüber 707 (22).
Kirchen, Vorrecht 265 (61 Ziff. 3), Begriff der ... 270 (61, 14), Umfang des Vorrechts 270 (61, 14).
Kirchengemeinden, Vorrecht 270 (61, 14).
Klagen, Feststellungs- oder Leistungsklagen gegen den Gemeinschuldner neben dem Konkursverfahren 77 (12, 2), ... auf Feststellung von Konkursforderungen 404 (146), ... der Konkursgläubiger gegen den Gemeinschuldner nach der Konkursaufhebung 472 (164), ... auf Vollstreckungsklausel nach der Konkursaufhebung 454 (164, 7), Klageantrag bei Anfechtung außerhalb des Konkurses 684 (7), 690 (9, 1), s. auch Anfechtung, Feststellungsklage, Prozesse.
Klassifikationsurteil im gemeinrechtlichen Konkursverfahren 2 (Einl. 1).
Kleidungsstücke, Beiseiteschaffung unentbehrlicher ... 622 (239, 12).
Kleinbahnen als Gegenstandes des Absonderungsrechts 219 (47, 3 III).
Knappschaftsverbände, Vorrecht 270 (61, 16).
Kollegiengelder, kein Vorrecht 270 (61, 15).
Kollision verschiedener örtlicher Rechtssysteme 22 (Vorb. 5 des 1. Buches), ... örtlicher Rechte hinsichtlich der materiellen Beurtheilung des Konkursanfechtungsanspruchs 141 (29, 20), — des Anfechtungsanspruches außerhalb des Konkurses 667 1, 11).
Köln, besondere Uebergangsbestimmungen für den Appellationsgerichtsbezirk ... 705 (16), 710 (39), 711 (43), 714 (55).
Kommanditgesellschaften, Einfluß der Konkurseröffnung 118 (25, 4), Wirkung der Konkursaufhebung nach vorangegangenem Zwangsvergleich 497 (192, 2), Konkurs über das Gesellschaftsvermögen 544 (209, 1), Gemeinschuldner im Gesellschaftskonkurse 544 (209, 2), Konkurs über das Privatvermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters 549 (212), Subjekt des Bankerutts beim Konkurs einer ... 620 (239, 8), Kaufmannseigenschaft der Komplementäre 622 (239, 14), 628 (240, 10), Verantwortlichkeit der Liquidatoren 637 (244).
Kommanditgesellschaften auf Aktien, Einfluß der Konkurseröffnung 118 (25, 4), Vorrecht der Inhaber der von einer ... ausgestellten Schuldverschreibungen im Gesellschaftskonkurse 265 (Vorb. 5 vor 61), 652 (17), Wirkung der Konkursaufhebung

Digitized by Google

nach vorangegangenem Zwangsvergleich 497 (192, 2), Konkurs über das Gesellschaftsvermögen 544 (209, 1), Gemeinschuldner im Gesellschaftskonkurse 544 (209, 2), Konkurs über das Privatvermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters 549 (212), Subjekt des Bankerutts beim Konkurs einer ... 620 (239, 8), Kaufmannseigenschaft der Komplementäre 622 (239, 14), 628 (240, 10), Verantwortlichkeit der Liquidatoren 637 (244).

Kommanditist, Verpflichtung zur Zahlung noch nicht gezahlter Einlagen 403 (145, 10), ... als Gesellschaftsgläubiger 546 (209, 3), s. auch Kommanditgesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien.

Kommission, Aussonderungsrecht des Einkaufs- und Verkaufskommissionärs 200 (43, 5), Verfolgungsrecht des Verkäufers und Einkaufskommissionärs 203 (44), Absonderungsrecht des Kommissionärs am Kommissionsgute 233 (49, 19).

Kommissionsgut, Aussonderung des ... 200 (43, 5).

Kompensation s. Aufrechnung.

Kompetenz, Kompetenzanspruch des Gemeinschuldners nach altem Rechte 45 (1, 27), Charakter dieses Kompetenzanspruchs als Masseanspruch 258 (58, 5), Rechtswohlthat der .. 452 (164, 1), 641 (4, 2).

Komplementär einer Kommanditgesellschaft als Gesellschaftsgläubiger 546 (209, 3).

Konfiskation als Aussonderungsanspruch 196 ff. (43 ff.), Charakter der Ansprüche auf ... einzelner Sachen 276 (63, 4).

Konfusion nach Eröffnung des Nachlaßkonkurses 560 (Vorb. 7 vor 214), beim Tode des Gemeinschuldners 565 (Vorb. 18 vor 214).

Kongruente Deckung, Anfechtbarkeit einer ... 152 (30, 22).

Konkurrenz von Verbrechen und Vergehen 620 f. (239, 9—11).

Konkurs, formeller und materieller ... 21 (Vorb. 1 zum 1. Buch).

Konkursanfechtung s. Anfechtung.

Konkursanspruch, Begriff 23 (Vorb. 1 vor 1), ... als Grund des Anfechtungsrechts 129 (Vorb. 2 vor 29), s. auch Konkursforderungen, Konkursgläubiger.

Konkursaufhebung s. Aufhebung.

Konkursbetrug 634 (242), Inhalt dieser Straftat 634 (242, 1), Zusammenhang des ... mit der Zahlungseinstellung oder der Konkurseröffnung 635 (242, 2), Begünstigungsabsicht beim ... 635 (242, 3), Verhältnis des ... zum betrüglichen Bankerutt 635 (242, 4), Konkursbetrugshandlungen 635 (242, 5 u. 6).

Konkurseröffnung s. Eröffnung.

Konkursforderungen Begriff und Erfordernisse der ... 47 (3), Begriff der Konkursgläubiger 48 (3, 2), das Erforderniß der persönlichen Forderung 48 (3, 3), das Erforderniß des Vermögensanspruchs 48 f. (3, 4—6), das Erforderniß des Bestehens des Anspruches zur Zeit der Konkurseröffnung 49 (3, 7), Interesseforderungen 50 (3, 8), auflösend bedingte ... 50 (3, 9), 281 (66), aufschiebend bedingte 50, (3, 9), 281 (67), wiederkehrende Leistungen 51 (3, 10), 287 (70), gesetzliche Unterhaltsansprüche nach jetzigem Recht 51 (3, 11), — nach früherem Recht 51 (3, 12), andere Ansprüche auf Unterhalt 52 (3, 13) Gerichtskosten 53 (3, 14), Aufschluß von Forderungen durch Willenserklärung 53 (3, 15), Verfolgung im Verfahren 77 (12, 1) Verfolgung neben dem Verfahren gegen den Schuldner 77 (12, 2), nicht im Rechtswege zu verfolgende ... 79 (12, 3), Verjährung 88 (15, 18), ... aus Nichterfüllung eines Rechtsverhältnisses 124 (26, 9), der Anspruch des Anfechtungsgegners auf Erstattung der Gegenleistung 186 (38), unterlässige Abtretung einer ... 234 (50), 252 (56), über die Aufrechnungsfähigkeit einer 239 ff. (Vorb. 1—10 vor 53). Aufrechnung einer Masseschuld gegen eine Forderung zur Masse 250 (55, 4), — von Forderungen an den Gemeinschuldner gegen eine nach der Konkurseröffnung entstandene Forderung desselben 250 (55, 5), — mit einer ... durch einen im Ausland wohnenden Schuldner des Gemeinschuldners 252 (56), Rangordnung der ... 265 (61), nichtbevorrechtigte ... 266 (61 Ziff. 6), bevorrechtigte ... 267 ff. (61, 4—26), Einrangierung der neben der Kapitalsforderung bestehenden Forderungen 273 (62), Forderungen aus einer Freigebigkeit des Gemeinschuldners 275 (63), Ausfallsforderungen bei abgesonderter Befriedigung 276 (64), betagte ... 279 (65), Forderungen aus einem Gesammtschuldverhältniß 284 (68), nicht auf einen Geldbetrag gerichtete .. 286 (69), ... deren Geldbetrag ungewiß ist 287 (69, 2), — unbestimmt ist 287 (69, 2), — nicht in Reichswährung festgesetzt ist 287 (69, 2), zur Theilnahme an einer Abstimmung in der Gläubigerversammlung berechtigende ... 322 f. (95 u. 96), Anmeldungsfrist für ... 384 (138, 2), Prüfung angemeldeter ... 390 (141), Zeitpunkt der Feststellung einer ... 396 (144), Eintragung des Prüfungsergebnisses jeder angemeldeten ... in die Tabelle 399 (145), Geltendmachung streitig gebliebener ... 404 (146), Wirkung eines rechtskräftigen Urtheils im Feststellungsstreit 417 (147), Berücksichtigung von ... bei der Vertheilung 430 (152, 2), festgestellte ... 430 (152, 3), streitige ... mit Titel 430 (152, 4) — ohne Titel 430 (152, 5), — Geltendmachung von ... nach der Konkursaufhebung 452 (164), die vom Zwangsvergleich getroffenen ... 471 (173, 4), Zahl der ... bei der Abstimmung über den Zwangsvergleich 481 (182, 2), Berichtigung bezw. Sicherstellung der bevorrech-

Digitized by Google

tigten ... nach der Konkursaufhebung infolge Zwangsvergleichs 495 (191), Einfluß des Zwangsvergleichs auf den Grund und Umfang der .. 497 (193, 1 u. 2), — auf nach dem Schätzungswerthe geltend gemachte ... 498 (193, 3), — auf Forderungen aus zweiseitigen Verträgen 499 (193, 4). — auf Forderungen aus § 63 K.O. 499 (193, 6), s. auch Konkursgläubiger. Nachlaßverbindlichkeiten.

Konkursgericht, frühere Befugniß des ... zur Bestimmung der Kündigungsfrist für Dienstverhältnisse 110 (22, 1), Verhältniß zwischen ... und Prozeßgericht 290 (Vorb. 2 vor 71), Zuständigkeit des ... 291 (71), Anordnung von Ermittelungen durch das ... 299 (75), Anordnung öffentlicher Bekanntmachungen 300 (76), Ernennung des Verwalters 302 (78, 1), Vetorecht bei Wahl eines anderen Verwalters durch die Gläubigerversammlung 306 (80, 2), Aufsichtsrecht über den Verwalter 308 (83, 1), Aufsichtspflicht über den Verwalter 309 (83, 2), Verantwortlichkeit des Richters bei Versäumung der Aufsichtspflicht 309 (83, 2), Festsetzung der Auslagen und der Vergütung des Verwalters 311 (85), Bestellung eines Gläubigerausschusses 314 (87), 318 (92), Festsetzung der Auslagen und der Vergütung des Gläubigerausschusses 317 (91), Berufung der Gläubigerversammlung 319 (93), Leitung der Gläubigerversammlung 321 (94), Entscheidung über das Stimmrecht von Inhabern streitiger Forderungen 322 (95), — über das Stimmrecht von Absonderungsberechtigten 324 (96), — von bedingt berechtigten Gläubigern 324 (96), Veto gegen Beschlüsse der Gläubigerversammlung 325 (99), Anordnung gegen den Gemeinschuldner, der Gläubigerversammlung Auskunft zu ertheilen 326 (100, 1), Anordnung der Vorführung und Haft des Gemeinschuldners nach Eröffnung des Konkursverfahrens 327 (101), Thätigkeit im Eröffnungsverfahren 334 ff. (105—116), Anordnung der Vorführung oder Haft des Gemeinschuldners vor Entscheidung über den Eröffnungsantrag 338 (106, 1 u. 2), einstweilige Anordnungen zur Sicherung der Masse 338 (106, 3), Erlaß eines allgemeinen Veräußerungsverbots 338 f. (106, 4—6), Abweisung des Eröffnungsantrags bei unzureichender Masse 340 f. (107, 1 u. 2), Führung einer Liste über die Schuldner, bezüglich deren der Eröffnungsantrag abgewiesen ist 341 (107, 3), Thätigkeit bei der Eröffnung des Verfahrens 345 (110), Pflicht zur Mittheilung des Eröffnungsbeschlusses an die Registerbehörden 347 (112), — an die Dienstbehörde des Gemeinschuldners 347 (112), — an das Vormundschaftsgericht 347 (112, 4), Pflicht zum Ersuchen auf Eintragung des allgemeinen Veräußerungsverbots und der Konkurseröffnung ins Grundbuch 348 (113), — auf Grundbuchberichtigung bei Freigabe von Grundstücken 349 (114, 1), Anordnung an die Post, alle Sendungen für den Gemeinschuldner dem Verwalter auszuhändigen 356 (121), Anordnungen über Aufzeichnung der Massegegenstände durch den Verwalter 358 (123), Verhältniß des ... zum Vollstreckungsgericht bei Verweigerung des Offenbarungseides durch den Gemeinschuldner 362 (125, 4), Genehmigung zur Gewährung von Unterhalt an den Gemeinschuldner und dessen Familie 372 f. (129, 1—4), Anordnung über die Hinterlegung von Geld, Werthpapieren oder Kostbarkeiten 373 (129, 6), Versagungsrecht gegen die Vornahme gewisser Rechtshandlungen durch den Verwalter 380 (135), Thätigkeit im Prüfungstermin 392 (141, 8), Bewirkung der Eintragung in die Tabelle 400 (145, 2), Ertheilung eines Auszuges aus der Tabelle 404 (146), Aufsichtsrecht über den Verwalter im Vertheilungsverfahren 422 (150, 1), Mitwirkung bei der Berücksichtigung von Forderungen im Vertheilungsverfahren 431 (152, 9), Entscheidungen über Einwendungen gegen das Vertheilungsverzeichniß 440 (158, 4), Befugniß zur Aussetzung einer Abschlagsvertheilung 443 (160, 1), Entscheidung über die Vornahme der Schlußvertheilung 446 (161, 4), Thätigkeit nach Genehmigung der Schlußvertheilung 447 (161, 8), Entscheidung über Einwendungen gegen das Schlußverzeichniß 448 (162, 5), Entscheidung über Aufhebung des Konkursverfahrens 450 (163), Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag wegen Versäumung des Prüfungstermins 457 (165, 5), Thätigkeit bei der Nachtragsvertheilung 460 (166, 7), Mitwirkung bei der Hinterlegung von zurückbehaltenen oder nicht erhobenen Beträgen 463 (169) Mitwirkung bei Zahlungen auf bevorrechtigte Forderungen vor der Vertheilung 464 (170), Befugnisse im Vorprüfungsverfahren über einen Vergleichsvorschlag 475 (176, 3), Bekanntmachung des Vergleichstermins 476 (179), Ladung dazu 476 (179), Verbindung des Vergleichstermins mit dem allgemeinen Prüfungstermin 478 (180), Thätigkeit im Vergleichstermin 479 (181, 3), 483 (182, 8—10), Verfahren betreffend die Bestätigung des Zwangsvergleiches 486 ff. (184 bis 189), Verfahren betreffend Aufhebung des Konkurses nach vollzogenem Zwangsvergleich 493 (190), Anordnung von Sicherheitsmaßregeln gegen den Gemeinschuldner nach Abschluß des Zwangsvergleichs 507 (197, 2), Anordnung der Wiederaufnahme des Verfahrens 508 (198), Thätigkeit im wiederaufgenommenen Verfahren 510 (201), Einstellung des Verfahrens bei Zustimmung aller Gläubiger 513 (202), Verfahren bei Einstellung 515 (203), Einstellung des Verfahrens wegen unzureichen-

Digitized by Google

der Masse 516 (204), Zuständigkeit beim Nachlaßkonkurs 566 (214), Zuständigkeit beim Inlandskonkurs 615 (238, 6).

Konkursgläubiger, das Verhältniß der ... zum Gemeinschuldner 24 (Vorb. 2 vor 1), — unter einander 24 (Vorb. 2 vor 1), — zum Verwalter 25 (Vorb. 3 vor 1), Begriffsbestimmung 48 (3, 2), Voraussetzungen der Gläubigerschaft 48 (3, 3), ausländische Gläubiger 55 (5), Rechte der ... bei unwirksamen Rechtshandlungen des Gemeinschuldners 63 (7, 6), Befugniß zur Aufnahme von Prozessen über die Aktivmasse 71 (10, 5), Verfolgung ihrer Forderung im Konkursverfahren 77 (12, 1), — neben dem Konkursverfahren 77 (12, 2), Gläubiger von nicht im Rechtswege verfolgbaren Forderungen 79 (12, 3), Rückgewähr der Vorleistung von ... aus der Masse bei Nichterfüllung der Verbindlichkeit oder Aufhebung des Rechtsverhältnisses 121 (26), der Vertraggegner bei einem mit dem Gemeinschuldner vereinbarten Auftrage oder Geschäftsbesorgungsvertrage als ... 126 (27), der geschäftsführende Gesellschafter bei einer Gesellschaft nach B.G.B. im Konkurse eines Gesellschafters als ... 127 (28), Benachtheiligung von ... als Voraussetzung für die Anfechtung 142 (30), 158 (31), 189 (40), Nebenintervention im Anfechtungsprozesse 175 (36, 4), Entschädigungsanspruch des Vertragsgegners bei begründeter Anfechtung der vorgenommenen Rechtshandlung 185 (38), Aufrechnungsrecht eines ... 242 ff. (53 ff.), Verhältniß der ... zu den Massegläubigern 253 (Vorb. 2 vor 57), ... Behandlung im 8. Titel des 1. Buchs 264 ff. (61—70), Rangordnung der ... 265 (61), 273 (62), die bevorrechtigten ... 267 ff. (61, 4—26), Kosten eines Gläubigers vor der Konkurseröffnung 274 (62, 1), Gläubiger von Vertragsstrafen des Gemeinschuldners 274 (62, 2), die Kosten einzelner ... durch ihre Theilnahme am Verfahren 275 (63, 3), der Absonderungsberechtigte als ... 276 (64), Gläubiger betagter Forderungen 279 (65), — auflösend bedingter Forderungen 281 (66), — aufschiebend bedingter Forderungen 281 (67), Rechte eines ... bei Vorliegen eines Gesammtschuldverhältnisses 284 (68), Gläubiger von nicht auf einen Geldbetrag gerichteten Forderungen 286 (69), Gläubiger eines Anspruchs auf wiederkehrende Hebungen 287 (70), Einwendungen eines ... gegen die Schlußrechnung des Verwalters 312 (86), 448 (162, 3), Rechte der ... gegenüber dem Gläubigerausschuß 314 ff. (87—92), Berufung der Gläubigerversammlung 319 (93), Beschlüsse der Gläubigerversammlung 321 (94), 325 (97), Stimmrecht der ... (Allgemeines) 322 (95), Stimmrecht der Absonderungsberechtigten 324 (96), — der aufschiebend berechtigten ... 324 (96), Recht eines in der Gläubigerversammlung überstimmten ... 325 (99), Recht zum Antrage auf Konkurseröffnung 331 (103, 3), Benachrichtigung der ... von der Konkurseröffnung 346 (111), Ladung des Gemeinschuldners durch einen ... zur Ableistung des Offenbarungseides 360 (125), Anmeldung von Konkursforderungen 384 ff. (138—140), Prüfung der angemeldeten Konkursforderungen 390 ff. (141—143), Recht zum Bestreiten einer angemeldeten Forderung 392 (141, 6), Feststellung der angemeldeten Forderungen 396 ff. (144—148), die Gläubiger nicht festgestellter und nicht titulirter Forderungen 429 (152), Rechte eines Absonderungsberechtigten hinsichtlich seiner Ausfallsforderung 432 (153), Rechte aufschiebend bedingt berechtigter ... im Vertheilungsverfahren 435 (154), Rechte von bei einer Abschlagsvertheilung nicht berücksichtigten ... 436 (155), Einwendungen von ... gegen ein Abschlagsvertheilungsverzeichniß 439 (158), Mittheilung eines Abschlagsvertheilungstermins an die betheiligten ... 442 (159, 5), Einwendungen gegen das Schlußverzeichniß 448 (162, 4), Rechte der ... nach der Konkursaufhebung 452 (164, 1), Ladung der nicht bevorrechtigten ... zum Vergleichstermin 477 (179, 2), Gleichstellung sämmtlicher nicht bevorrechtigten Gläubiger im Termin 478 f. (181, 1—6), Einwilligung der zurückgesetzten ... 479 (181, 2), Nichtigkeit eines Abkommens des Gemeinschuldners beim Zwangsvergleich zum Zwecke der Bevorzugung eines ... 479 (181, 4—6), Abstimmung der ... im Vergleichstermin 481 (182), Anhörung der ... vor Bestätigung des Zwangsvergleichs 487 (184, 3), Antrag eines nicht bevorrechtigten ... auf Verwerfung des Zwangsvergleichs 491 (188), sofortige Beschwerde der nicht bevorrechtigten ... gegen den den Zwangsvergleich bestätigenden oder verwerfenden Gerichtsbeschluß 492 (189), Wirksamkeit des Zwangsvergleichs für und gegen alle nicht bevorrechtigten ... 497 (193), Zwangsvollstreckung für die ... aus dem Zwangsvergleich 502 (194), Anfechtung des Zwangsvergleichs 504 (196), Aufhebung des vergleichsmäßigen Erlasses für alle ... 506 (197, 1), Antrag eines ... auf Anordnung von Sicherheitsmaßregeln gegen den Gemeinschuldner 507 (197, 2), Antrag eines ... auf Wiederaufnahme des Verfahrens 508 (198), Rechte der alten und neuen .. im wiederaufgenommenen Verfahren 509 (200), Widerspruch eines ... gegen den Antrag des Gemeinschuldners auf Einstellung des Verfahrens 515 (203, 2 u. 3), minderberechtigte ... im Nachlaßkonkurs 591 (226, 14), Rangordnung der Nachlaßkonkursgläubiger 592 (226, 15 u. 16), Theilnahme der minderberechtigten ... am Zwangs-

Digitized by Google

vergleich 598 (230, 5), der Vorerbe als ... 598 (231, 1), Benachtheiligung von ... als Thatbestandsmerkmal des betrüglichen Bankerotts 621 (239, 11), Begünstigung von ... als Thatbestandsmerkmal der Gläubigerbegünstigung 632 (241, 6), 633 (241, 10), Subjekt des Stimmenkaufs 636 (243, 1).

Konkurshinausschiebungsabsicht des Gemeinschuldners 628 (240, 7).

Konkursmasse, Umfang 31 (1), Vermögen des Gemeinschuldners 32 (1, 3), persönliche Thätigkeit des Gemeinschuldners 32 (1, 4), die Nichtvermögensrechte des Gemeinschuldners 32 (1, 5), bedingte und betagte Forderungen des Gemeinschuldners 33 (1, 6) Vermuthung für das Vermögen eines Ehegatten 34 (1, 7), Pfändbarkeit des Vermögens des Gemeinschuldners 34 (1, 8), Geschäftsbücher des Gemeinschuldners 34 (1, 9), 353 (117, 3), unpfändbare Forderungen des Gemeinschuldners 35 (1, 10), andere unpfändbare Rechte als Forderungen 36 (1, 11), Pfändbarkeit der von der Persönlichkeit des Gemeinschuldners nicht abtrennbaren Rechte 36 (1, 12), Urheberrecht 38 (1, 13), Patentrechte 38 (1, 14), Markenschutzrechte 38 (1, 15), mit einer Auflage behaftete Vermögensstücke des Gemeinschuldners 39 (1, 16), Ausschluß von der ... durch private Verfügung 39 (1, 16), Rechte und Gegenstände ohne Vermögenswerth 39 (1, 17), aufzusondernde und abzusondernde Gegenstände 39 (1, 18), Zugehörigkeit zum Vermögen des Gemeinschuldners zur Zeit der Konkurseröffnung 40 (1, 19), Erbschaften und Vermächtnisse 41 (1, 20), Früchte und Nutzungen 42 (1, 21), Anfechtungsrechte 42 (1, 22), Streitigkeiten zwischen Konkursverwalter und Gemeinschuldner über die Zugehörigkeit 42 (1, 23), Rechte am eingebrachten Vermögen der Frau 43 (1, 25), — der Kinder 44 (1, 26), — nach bisherigem Recht 44 (1, 27), den Rechten Dritter unterworfene Gegenstände 46 (1, 28), Zugehörigkeit des Gesammtgutes bei allgemeiner Gütergemeinschaft 47 (2, 1), — bei Errungenschaftsgemeinschaft 47 (2, 1), — bei Fahrnißgemeinschaft 47 (2, 1), — bei fortgesetzter Gütergemeinschaft 47 (2, 2), — bei Gütergemeinschaft außerhalb des B.G.B. 47, (2, 3), Zweck und Bestimmung der ... 47 (3), Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Verwalters 57 (6), Freigebung einzelner Bestandtheile 58 (6, 4), 65 (7, 11), 445 (161, 2), Aktivprozesse über die Aktivmasse 69 (10), Passivprozesse über die Aktivmasse 74 (11), Arreste und Zwangsvollstreckungen in die ... 80 f. (14, 1—5), Eintragung von Vormerkungen in Massegrundstücke 82 (14, 6), Erwerb von Rechten an Gegenständen der ... nach der Konkurseröffnung 82 (15), — früheres Recht 82 (15, 1), Wirksamkeit des Erwerbes 83 (15, 2), Erwerb vom Gemeinschuldner auf Grund des Grundbuches 83 (15, 3), einzelne Erwerbsarten 84 ff. (15, 5—16), Erwerb durch Eintritt einer Bedingung 84 (15, 5), Erwerb bereits bestehender Rechte Dritter 84 (15, 6), Erwerb durch Rechtshandlungen des Verwalters 85 (15, 7), — eines berechtigten Dritten 85 (15, 7), Erwerb von Bestandtheilen einer Sache 85 (15, 8), Erwerb durch Rechtshandlungen eines nichtberechtigten Dritten 85 (15, 9), Erwerb eines Schiffspfandrechts 86 (15, 10), Erwerb durch Verbindung, Vermischung, Verarbeitung 86 (15, 11), Erwerb durch Zwangsvollstreckung 87 (15, 12), Erwerb durch Ersitzung 87 (15, 13), Erwerb eines Fundes 87 (15, 14), Erwerb von Vorzugsrechten 87 (15, 15), Erwerb von Zurückbehaltungsrechten 88 (15, 16), Vermuthung über die Zeit des Erwerbes 88 (15, 17), Rückgewähr an die ... bei anfechtbaren Rechtshandlungen 179 (37), Erstattung der Gegenleistung aus der ... bei anfechtbaren Rechtshandlungen 185 (38), Aussonderung aus der ... (s. auch Aussonderung) 196 ff. (43 ff.), abgesonderte Befriedigung aus Massegegenständen (s. auch abgesonderte Befriedigung) 217 ff. (47 ff.), Vorwegberichtigung der Massekosten und Masseschulden aus der ... 253 ff. (57 ff.), Ansprüche aus einer rechtlosen Bereicherung der ... 261 (59, 6), Sicherung der ... 337 (106), 354 (118), Abweisung des Eröffnungsantrags bei ungenügender ... 340 (107), Besitzergreifung an der ... durch den Verwalter 352 (117, 1), Zugehörigkeit der Anfechtungsansprüche 353 (117, 2), Verwerthung der ... 353 (117, 4), Aufzeichnung der Massegegenstände 358 (123), Inventarisierung der ... 359 (124), Erstattung von Prozeßkosten der Konkursgläubiger aus der ... 417 (147), Vertheilung an die Konkursgläubiger (s. auch Vertheilung) 421 ff. (149 ff.), nachträgliche Ermittelung von Massegegenständen 458 (166), Berichtigung der Masseansprüche aus der ... im Zwangsvergleichsverfahren 494 (191) Einstellung des Verfahrens wegen ungenügender ... 516 (204), ... im Nachlaßkonkurse 560 (Vorb. 8—15 vor 214), unpfändbare Gegenstände im Nachlaßkonkurse 560 (Vorb. 9 vor 214), Zugehörigkeit zur ... Zeit der Nachlaßkonkurseröffnung 561 (Vorb. 10 u. 11 vor 214), Bestimmung des Umfangs der ... im Nachlaßkonkurs 561 (Vorb. 10 u. 11 vor 214), Umfang bei unbeschränkter Haftung des Erben 562 (Vorb. 12 vor 214), — bei Miterben 563 (Vorb. 13 vor 214), ... und Nachlaß bei dem Tode des Gemeinschuldners 564 (Vorb. 17 vor 214), ... im Nachlaßkonkurse nach erfolgtem Erbschaftskauf 602 (232, 4), Verheimlichung und Beiseiteschaffen von Massegegenständen 622 (239, 12).

Digitized by Google

Konkursordnung, geschichtlicher Rückblick 1 ff. (Einl. 1), Geschichte der heutigen ... 4 ff. (Einl. 2), Charakteristik 6 ff. (Einl. 3), Grenzen der Anwendbarkeit 11 ff. (Einl. 4), Auslegung 15 ff. (Einl. 5), Literatur 18 ff. (Einl. 6), Inkrafttreten 639 ff. (1 ff.), Aufhebung bestehender Gesetze durch die ... 639 (3), 641 (4), Inkrafttreten des Abänderungsgesetzes zur ... 654 ff. (1 ff.).
Konkursrecht, erstes Buch der K.O. 21 ff. (1—70), Scheidung vom anderweiten materiellen Rechte 21 (Vorb. 2 zum 1. Buch), Gegensatz zum Verfahren 21 (Vorb. 3 zum 1. Buch), Anwendbarkeit des sonstigen materiellen Rechts neben dem ... 22 (Vorb. 4 zum 1. Buch), Zeitpunkt der Anwendbarkeit des ... 31 (1, 1), Einflußlosigkeit des ausländischen ... auf die Rangordnung der Gläubiger in einem deutschen Konkurse 266 (61, 1).
Konkursstrafrecht, betrügerischer Bankerutt 617 (239), einfacher Bankerutt 625 (240), Gläubigerbegünstigung 631 (241), Konkursbetrug 634 (242), Stimmenkauf 636 (243), Strafbestimmungen gegen Vorstandsmitglieder und Liquidatoren von Handelsgesellschaften 637 (244).
Konkurstabelle s. Tabelle.
Konkursverfahren, Scheidung des ... vom ordentlichen Prozeßverfahren 21 (Vorb. 2 zum 1. Buch), Unterschied vom Konkursrecht 21 (Vorb. 3 zum 1. Buch), Gegenstand 31 (1, 2), Geltendmachung von Rechten außerhalb des ... 53 (4), 89 (16), 197 (43), 242 (53), Behandlung im 2. Buch der K.O. 289 ff. (71—238), geschichtliches 289 (Vorb. 1 zum 2. Buch), Entscheidungen im ... 294 (73), Eröffnungsantrag 330 (103, 1), Eröffnung des ... (s. auch Eröffnungsverfahren) 341 ff. (108—116), Vertheilungsverfahren (s. auch dort) 421 ff. (149—172), Konkursaufhebung nach Vollzug der Schlußvertheilung 450 (163, 1), 452 (164) Zwangsvergleichsverfahren (s. auch dort) 467 ff. (173 ff.), Konkursaufhebung nach vollzogenem Zwangsvergleich 493 (190), Wiederaufnahme des ... 508 (198), Einstellung des ... 513 ff. (202—206), ... über eine Aktiengesellschaft 519 ff. (207 bis 208) 652 (17), ... über eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung 522 ff. (63—84), 652 (17), ... über eine Genossenschaft mit unbeschränkter Haftpflicht 522 ff. (63 ff.), 563 ff. (119 ff.), 652 (17), ... über eine Genossenschaft mit unbeschränkter Nachschußpflicht 522 ff. (63 ff.) 541 f. (126 ff.), 652 (17), ... über eine Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht 522 ff. (63 ff.), 542 f. (135 ff.), 652 (17), ... über eine offene Handelsgesellschaft 543 ff. (209—212), ... über eine Kommanditgesellschaft 543 ff. (209—212), ... eine Kommanditgesellschaft auf Aktien 543 ff. (209—212), 652 (17), ... über eine juristische Person 552 (213, 1 u. 2), ... über einen nicht rechtsfähigen Verein 553 ff. (213, 3—7). ... über einen Nachlaß 555 ff. (214 ff.), ... über das Vermögen des Erben 605 (234), ... über einen Erbtheil 607 (235), ... über das Gesammtgut bei fortgesetzter Gütergemeinschaft 608 (236), ausländisches ... 611 (237), 615 (238, 7), ... über eine Hypothekenbank 653 (17, 2), Reichseinführungsbestimmungen 642 ff. (8—17), 655 (V), . . über eine Hypothekenbank 653 (17, 2), preußische Ausführungsbestimmungen 707 (23), 709 (37—50).
Konkursvermerk s. Eintragung.
Konkursverwalter, rechtliche Stellung im Allgemeinen 25 (Vorb. 1 vor 1), Verhältniß zu den Konkursgläubigern 26 (Vorb. 3d vor 1), — zum Gemeinschuldner 27 (Vorb. 3e bis k vor 1), Widerruf von Schenkungen 37 (1, 12), Anfechtung letztwilliger Verfügungen Dritter 41 (1, 20), Kompetenzanspruch des Gemeinschuldners gegen ihn 45 (1, 27), Verwaltungs- und Verfügungsrecht 58 (6, 5), Wirkung der Geschäftsführung des ... gegen den Gemeinschuldner 59 (6, 6), Recht zur Aufnahme von anhängigen Aktivprozessen 69 (10), — von anhängigen Passivprozessen 74 (11), Anerkennung rechtshängiger Ansprüche durch den ... 76 (11, 5), Erfüllung von Rechtsgeschäften 92 ff. (17—28), Rechte bei Miethverträgen 10 ff. (19—21), — bei Pachtverträgen 102 ff. (19—21), — bei Dienstverhältnissen 110 (22), Anfechtungsrecht des ... 174 (36), Rechtsstellung des ... dabei 175 (36, 2), Veräußerung von Aussonderungsgegenständen 214 (46), Aufrechnungsrecht des ... 242 (53, 1), Verhältniß zu den Massegläubigern 253 (Vorb. 1 vor 57), Zahlung von Massekosten und Masseschulden aus eigenen Mitteln 256 (58, 2b), Honoraranspruch 257 (58, 3), 311 (85, 2), Recht auf Erstattung seiner Auslagen 258 (58, 4), 311 (85, 3), Ansprüche aus Geschäften und Handlungen des ... 259 (59, 1), Mittheilungen des ... 302 (77, 2), 380 (135), Ernennung durch das Gericht 302 (78, 1), 345 (110), Befähigung zum Amte 302 (78, 2), Verpflichtung zur Annahme des Amtes 303 (78, 3), Anfang und Ende der gesetzlichen Befugnisse 303 (78, 4), Kautionspflicht 304 (78, 5), mehrere ... 305 (79), Wahl durch die Gläubigerversammlung 305 (80), Bekanntmachung seines Namens 306 (81, 1), Legitimation durch Bestallung 307 (81, 2), Verantwortlichkeit 307 (82, 1), Pflichten 307 (82, 2), Aufsichtsrecht des Konkursgerichts 308 (83, 1), Aufsichtspflicht des Konkursgerichts 309 (83, 2), Ordnungsstrafen 309 (84, 1), Entlassung 310 (84, 2), keine Haftung des Staats für Entschädigung des ... 311 (85, 4), Rechnungslegung, Schlußrechnung 312 (86, 1—3), 447 (162), Kassenführung 316 (88), Berichterstattung an den Gläubiger-

Digitized by Google

ausschuß 316 (88), Antragsrecht auf Berufung der Gläubigerversammlung 319 (93), Widerspruch gegen Stimmrechte 322 (95), 324 (96), — gegen Beschlüsse der Gläubigerversammlung 325 (99), Antrag beim Grundbuchamt auf Eintragung des offenen Arrestes 349 (113, 2), — auf Eintragung der Konkurseröffnung 349 (113, 2), — auf Grundbuchberichtigung 349 (114), Pflicht zur Berichtigung von Masseschulden und Massekosten auch nach Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses 351 (116, 3), Verwaltung der Masse 351 (117), Besitzergreifung von der Masse 352 (117, 1), Verwerthung der Masse 353 (117, 4), 362 (126), 366 (127), 375 (133), 379 (134), Recht auf Besichtigung der Absonderungsobjekte 356 (120), Aushändigung für den Gemeinschuldner bestimmter Postsendungen an ihn 356 (121), Siegelung der Massegegenstände 357 (122), Inventuraufnahme 358 (123), Anfertigung eines Inventars 359 (124), — einer Bilanz 359 (124), Recht zur Ladung des Gemeinschuldners zum Offenbarungseide 360 (125), Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung der unbeweglichen Gegenstände 362 (126), Verbot der Veräußerung von Massegegenständen durch den ..., wenn Gemeinschuldner Vorerbe 369 (128), Recht zur Gewährung von Unterhalt an den Gemeinschuldner 372 (129, 1—4), Recht zur Schließung oder Fortführung des Geschäfts des Gemeinschuldners 373 (129, 5), Hinterlegung von Geldern, Werthpapieren, Kostbarkeiten 373 (129, 6), 375 (132), Berichterstattung an die Gläubigerversammlung 374 (131), 375 (132), Genehmigung des Gläubigerausschusses zu gewissen Rechtshandlungen des ... 375 (133), 379 (134), Stellung des ... im Prozeß 378 (133, 6), Genehmigung der Gläubigerversammlung zu gewissen Rechtshandlungen des ... 379 (134), Wirksamkeit unbefugter Rechtshandlungen des ... dritten Personen gegenüber 381 (136, 1), Befugnisse des ... gegen Dritte und Behörden 381 (136, 2), Quittungen des ... 382 (137, 1 u. 2), Anweisungen des ... 382 (137, 1 u. 2). vom ... ausgestellte Wechsel 383 (137, 3), Widerspruchsrecht hinsichtlich angemeldeter Forderungen 385 (139, 2), 391 (141, 4 u. 5), Vertretung des ... im Prüfungstermin 391 (141, 2), Pflicht zur Anwesenheit im Prüfungstermin 393 (141, 9), Genehmigung des Gläubigerausschusses zur Vornahme einer Vertheilung 422 (150), Niederlegung des Vertheilungsverzeichnisses auf der Gerichtsschreiberei 423 (151), öffentliche Bekanntmachung des Massebestandes 423 (151), Entscheidung über die Berücksichtigung von Forderungen 429 ff. (152 bis 154), ihm gegenüber von den Gläubigern zu führenden Nachweise zwecks Berücksichtigung ihrer Forderung 429 (152), Wirkung von Aenderungen im Vertheilungsverzeichniß 438 (157), Bestimmung des zu vertheilenden Prozentsatzes 441 (159) Beendigung seiner Thätigkeit 451 (163, 4), Vorbereitung der Nachtragsvertheilung 460 (166, 6), Vollziehung jeder Vertheilung (s. auch Vollziehung) 461 ff. (167—172), Befugnisse bei der Vorprüfung des Vergleichsvorschlags 475 (176, 1 u. 2), Ladung des ... zum Vergleichstermin 476 (179), Anhörung des ... durch das Gericht vor Bestätigung des Zwangsvergleichs 487 (184, 3), Berichtigung bezw. Sicherstellung der Masseansprüche nach der Konkursaufhebung infolge Zwangsvergleichs 494 (191), Berichtigung bezw. Sicherstellung der bevorrechtigten Konkursforderungen zu dieser Zeit 494 (191), Thätigkeit im wiederaufgenommenen Konkursverfahren 510 (201), Anhörung des ... vor Einstellung des Verfahrens 515 (203), Befugnisse im Nachlaßkonkurse 563 (Vorb. 15 vor 214), Berechtigung des ... im Erbenkonkurse zum Antrag auf Nachlaßkonkurseröffnung 571 (217, 5), Antragspflicht des ... hierbei 573 (217, 9), Befugnisse des ... einer Anfechtung außerhalb des Konkurses gegenüber 698 (13, 3).

Konkursverzicht, Begriff 313 (202, 2).

Konnossement, Absonderungsrecht auf Grund eines ... 652 (14).

Konsolidation nach Eröffnung des Nachlaßkonkurses 560 (Vorb. 7 vor 214), ... beim Tode des Gemeinschuldners 565 (Vorb. 18 vor 214).

Konsulargerichtsbarkeit, Behandlung des Immobiliarabsonderungsrechts in den Konsulargerichtsbezirken 220 (47, 6), Zuständigkeit für das Konkursverfahren über das Vermögen eines in einem Konsulargerichtsbezirk befindlichen Reichsangehörigen 292 (71, 2), Beschwerde in Konkurssachen vor einem Konsul 299 (73, 9), Bekanntmachungen in solchen Konkurssachen 301 (76, 1), Fristen für den vom Konsulargericht anzuberaumenden Termin für die erste Gläubigerversammlung 346 (110, 2).

Kontokurrentvertrag als Aufrechnungsvertrag 243 (53, 3).

Kontradiktor, der ... im gemeinrechtlichen Konkurse 2 (Einl. 1).

Konventionalstrafen s. Vertragsstrafen.

Körperliche bewegliche Sachen, Ausschließung von der Zwangsvollstreckung 34 (1, 8), Absonderungsrecht auf Grund einer ... 221 (48).

Körperschaften des öffentlichen Rechts, Vorrecht der Inhaber der von einer ... ausgestellten Schuldverschreibung im Konkurse der ... 265 (Vorb. 5 vor 61), 652 (17), Konkurs von ... 552 (213, 1).

Korporationen s. Körperschaften des öffentlichen Rechts.

Korrealforderung, Behandlung von ... im Konkurse eines oder mehrerer Korrealschuldner 284 (68), Wirkung des Zwangs-

Digitized by Google

vergleiches auf Korrealschuldner 501 (193, 11).
Korrespondenzbeschlag im gewöhnlichen Konkurse 356 (121), ... im Nachlaßkonkurse 558 (Vorb. 3 vor 214).
Kostbarkeiten, Hinterlegung von ... der Masse durch den Verwalter 371 (129), 375 (132), Quittungen des Verwalters über den Empfang von ... von der Hinterlegungsstelle 382 (137).
Kosten, Anmeldung von Kostenforderungen 53 (3, 14), ... anhängiger Prozesse 74 (10, 13), 76 (11, 6 u. 7), ... des Pfandgläubigers 223 (48, 7), Aufrechnung mit einem Gläubiger durch seine Theilnahme am Verfahren erwachsenen ... 250 (55, 5), ... der Massegläubiger 253 (Vorb. 1 u. 2 vor 57), Massekosten 254 (57), 255 (58), ... des Akkordverfahrens 256 (58, 1 b), Kostenvorschuß 257 (58, 3), Erstattung des Kostenvorschusses 257 (58, 3), ... eines Absonderungsverfahrens 258 (58, 4), die einem Gläubiger vor der Konkurseröffnung entstandenen ... 274 (62, 1), die ihm durch seine Theilnahme am Verfahren erwachsenen ... 275 (63, 3), Einfluß der ... auf die Konkurseröffnung 340 (107), ... für besondere Prüfungstermine 305 (142, 6), Einfluß des Zwangsvergleichs auf die ... des Vergleichsverfahrens 500 (193, 7). Einfluß der ... auf die Einstellung des Verfahrens 516 (204), ... der standesgemäßen Beerdigung des Erblassers 583 (224, 3), ... des Verfahrens betreffend Todeserklärung des Erblassers 584 (224, 4), ... einer Eröffnung einer Verfügung des Erblassers von Todeswegen 584 (224, 5), ... der gerichtlichen Sicherung des Nachlasses 584 (224, 5), ... einer Nachlaßpflegschaft 584 (224, 5), ... des Aufgebots der Nachlaßgläubiger 584 (224, 5), ... der Inventarerrichtung 584 (224, 5), ... der Einzelanfechtungsprozesse bei Vorhandensein eines nur vorläufig vollstreckbaren Schuldtitels 693 (10, 5), Aufnahme eines Einzelanfechtungsprozesses nach der Konkurseröffnung wegen der ... 699 (13, 5), s. auch Prozeßkosten.
Kostenentscheidung s. Kosten.
Kostgeldforderungen s. Lohnforderungen.
Krankenkassen, Pfändung wegen Hebungen aus ... 34 (1, 8).
Krankenkassenbeiträge, Vorrecht der Beitragsforderungen 268 (61, 7).
Krankenpfleger, Vorrecht 271 (61, 19).
Krankenversicherungsunternehmungen, Vorrecht von Versicherten im Konkurse der ... 265 (Vorb. 4 zu 61), 425 (151, 4), Gleichstellung von Versicherten im Konkurse von ... mit den Absonderungsberechtigten 434 (153, 7), s. auch Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit.
Krankenversicherungsverbände, Vorrecht der Verbände der Arbeiterkrankenversicherung 270 (61, 16).
Kredit, Verhältniß von Aufwendungen für Erhaltung des ... zum Aufwand 627 (240, 3), Mißbrauch des ... s. Mißbrauch.
Kreisverbände, Absonderungsrecht 225 (49 Ziff. 1), Vorrecht wegen ihrer Forderungen auf öffentliche Abgaben 265 (61 Ziff. 2), — auf gewisse andere Abgaben und Leistungen 270 (61, 16), Vorrecht der Inhaber der von ... ausgestellten Schuldverschreibungen 652 (17).
Kridar s. Gemeinschuldner.
Kündigung eines Miethverhältnisses 104 (19, 8), ... eines Pachtverhältnisses 104 (19, 8), Folgen der ... 105 (19, 9), ... eines Dienstverhältnisses 112 (22, 7).
Kündigungsfrist für die Aufhebung einer Gemeinschaft 89 (16), — eines Miethsverhältnisses 105 (19, 8), — eines Pachtverhältnisses 105 (19, 8), — eines Dienstverhältnisses 112 (22, 8), Uebergangsbestimmungen in Preußen 702 (1).
Künstler, Absonderungsrecht 233 (49, 17),
Kurator im gemeinrechtlichen Konkurse 2 (Einl. 1).
Kurhessisches Fürstenhaus, Aufrechterhaltung der Hausverfassung und Landesgesetze hinsichtlich des ... 642 (7).
Kurkosten, Vorrecht der Ärzte 265 (61 Ziff. 4), — der Wundärzte 265 (61 Ziff. 4), — der Thierärzte 265 (61 Ziff. 4), — der Apotheker 265 (61 Ziff. 4), — der Hebammen 265 (61 Ziff. 4), — der Krankenpfleger 265 (61 Ziff. 4), Begriff und Umfang dieses Vorrechts 271 (61, 19).
Kursdifferenzen, bei Fixgeschäften über Waaren mit einem Markt- oder Börsenpreise 99 (18).

L.

Ladenmiethe, Verhältniß des Ladenmiethpreises zum Aufwand 627 (240, 3).
Ladung, Formalien 300 (76), 301 (77), ... beim Eröffnungsbeschluß 345 (110), ... des Gemeinschuldners zum Vergleichstermin 477 (179, 3), — der nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger dazu 477 (179, 3), — des Verwalters dazu 477 (179, 3).
Lagerhalter, Pfand- und Absonderungsrecht 233 (19).
Landarmenverbände, Vorrecht 270 (61, 16).
Landesgesetze, Verhältniß zur Reichsgesetzgebung 11 (Einl. 4), 641 (4), ... betreffend Absonderungsrecht der Immobiliargläubiger 220 (47, 5), — der Erbschaftsgläubiger 236 (50, 4), — der Legatare 236 (50, 4), — der Lehengläubiger 238 (52), 641 (5), — der Stammgutsgläubiger 238 (52), 641 (5), — der Fideikommißgläubiger 238 (52), 641 (5), ... betreffend den Anspruch auf eine Hypothek aus einem Zwangsvergleich 504 (194, 5), Verhältniß der K.O. zu den bestehenden ... 641 f. (4—7), 651 ff. (14—17), 655 (IV), — zu neu zu erlassenden ... 642 (8), 645 (12), 649 (13), 655 (V), 656 (VI).

Digitized by Google

Landesherren, Vorbehalt für ... und deren Familien 642 (7).
Landesjustizverwaltung, Vorbehalt für Anordnungen der ... 311 (85), 318 (91).
Landgericht, Zuständigkeit der Feststellung streitiger Konkursforderungen 408 (146, 7), 412 (146, 13), — bei Feststellung des Streitgegenstandes für solche Prozesse 420 (148).
Landschaftskammern, Vorrecht 270 (61, 16).
Landschaftsverbände, Vorrecht 270 (61, 16).
Landwirtschaft, Pfändungen 34 (1, 8).
Lasten auf Konkursgrundstücken 258 (58, 4).
Lauenburg, besondere Bestimmungen für das Herzogtum ... 703 (2 u. 3), 706 (17).
Laufende Zinsen, Behandlung der seit Konkurseröffnung ... 275 (63, 2).
Lebensversicherungsanstalt, Anfechtbarkeit des Lebensversicherungsvertrages als unentgeltlicher Verfügung 167 (32, 9), 675 (3, 7), Vorrechte von Versicherten im Konkurse ... 265 (Vorb. 4 vor 61), 425 (151, 4), 427 (151, 10), 465 (170, 2), Gleichstellung von Versicherten im Konkurse von ... mit den Absonderungsberechtigten 434 (153, 7), 462 (168, 2), s. auch Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit.
Legat s. Vermächtniß.
Legatar s. Vermächtnißnehmer.
Legitimation des Vertreters eines Absonderungsberechtigten zum Verzicht auf das Absonderungsrecht 433 (154, 4).
Lehen, landesgesetzlicher Vorbehalt 641 (5).
Lehensgläubiger, Absonderungsrecht 238 (52).
Lehring, Auflösung des Verhältnisses durch Konkurs des Lehrherrn 119 (25, 4d).
Lehrvertrag mit dem Gemeinschuldner 111 (22, 4), Einfluß der Konkurseröffnung 119 (25, 4).
Leibgedinge, Anfechtbarkeit als unentgeltliche Verfügung 166 (32, 6).
Leibnitzsche Methode zur Berechnung des Zwischenzinses 280 (64, 4).
Leibrente, Zugehörigkeit zur Masse 40 (1, 19), Schätzungswerth 287 (69, 2).
Leichtsinniges Verhalten des Gemeinschuldners, Berücksichtigung im Zwangsvergleichsverfahren 489 (187, 1), Begriff des Leichtsinns 489 (187, 2).
Leistungen an den Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung 67 (8, 1), — zwar nach der Konkurseröffnung, aber vor der öffentlichen Bekanntmachung 68 (8, 3), ... ohne Verbindlichkeit 68 (8, 5), Rückgewähr anfechtbarer ... 179 ff. (37, 1—11), Rückgewähr unentgeltlicher ... des Gemeinschuldners 184 f. (37, 12—15).
Leitung des Gläubigerausschusses 317 (90, 1), der Gläubigerversammlung 321 (94, 1).
Letztwillige Verfügungen begründen keine Konkursforderung 376 (63, 5), Uebergangsbestimmungen in Preußen 706 (18), 707 (23).
Liedlohn, Vorrecht wegen ... 267 f. (61, 4 bis 7).
Lieferung von Waaren mit Markt- oder Börsenpreis 99 (18).
Liquidation von Aktiengesellschaften 520 (207, 3), Konkurs von Aktiengesellschaften in ... 521 (207, 4), — von Gesellschaften mit beschränkter Haftung in ... 522 (63, 1), — von eingetragenen Genossenschaften in ... 525 (98), — von offenen Handelsgesellschaften in ... 546 (209, 6), — von Kommanditgesellschaften in ... 546 (209, 6), — von Kommanditgesellschaften auf Aktien in ... 546 (209, 6), — von juristischen Personen in ... 552 (213, 2).
Liquidatoren, eventuelle Vorrechtsforderung des ... einer offenen Handelsgesellschaft wegen Honorars 268 (61, 4), ... einer Aktiengesellschaft 522 (208, 3), ... einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung 524 (71), ... einer eingetragenen Genossenschaft 536 (118), 538 (122, 4), ... einer offenen Handelsgesellschaft 547 (210), ... einer Kommanditgesellschaft auf Aktien 547 (210), ... von juristischen Personen 552 (213), Bestrafung der ... von Handelsgesellschaften 637 (244), — von eingetragenen Genossenschaften 637 (244),
Liquidität kein Erforderniß bei der Aufrechnung 247 (54, 5).
Literatur zur K.O. 18 (Einl. 6).
Livreeforderungen s. Lohnforderungen.
Lohndiener, Vorrechtsforderung 267 (61, 4).
Lohnforderungen, Vorrecht 265 (61 Ziff. 1), Voraussetzung für das Vorrecht 267 (61, 4), Begriff und Umfang der Dienstbezüge 268 (61, 5), Zeitraum, für den die ... geltend gemacht werden können 268 (61, 6), Verleihung dieses Vorrechts an Kranken- und Invalidenversicherungskassen 268 (61, 7).
Lokationsurteil im gemeinrechtlichen Konkurse 2 (Einl. 1).
Lothringen, das frühere Landeskonkursrecht 4 (Einl. 1).
Lotteriegewinne, Einfluß eines ... auf die Strafbarkeit einer Gläubigerbegünstigungshandlung des Gemeinschuldners 632 (241, 7).

M.

Mahnverfahren im Feststellungsprozeß 412 (146, 12).
Maischsteuer, Fälligkeit 269 (61, 11), Vorrechtsforderung 269 (61, 11).
Mäklervertrag, Einfluß der Konkurseröffnung 121 (25, 4).
Mala fides superveniens des Anfechtungsgegners bei § 30 K.O. 147 (30, 13), — bei § 31 K.O. 160 (31, 5), s. auch guter Glaube.
Mandat s. Auftrag.
Manifestationseid s. Offenbarungseid.
Markenschutzrecht als Bestandtheil der Konkursmasse 38 (1, 15).
Markthelfer, Vorrechtsforderung wegen Lohns 267 (61, 4).
Marktpreis von Waaren bei unerfüllten zweiseitigen Verträgen 101 (18, 3), Ermittelung des ... 102 (18, 8 u. 9).

Digitized by Google

Masse s. Konkursmasse.
Masseansprüche, der Anspruch auf Rückgewähr der Gegenleistung bei einer nach der Konkurseröffnung mit dem Gemeinschuldner vorgenommenen Rechtshandlung 65 (7, 11), der Bereicherungsanspruch des Anfechtungsgegners 185 (38, 1), der Anspruch des Aussonderungsberechtigten bei Verkauf des Aussonderungsgegenstandes auf die Gegenleistung 214 (46), Begriff der ... 253 (Vorb. vor 57), Verfahren zur Befriedigung der ... 255 (57, 3), Massekosten 255 (58), Masseschulden 259 (59), Rangordnung der ... 262 (60), Genehmigung des Gläubigerausschusses zur Anerkennung von . durch den Verwalter 376 (133), der Anspruch eines Gläubigers auf Ersatz von Kosten eines Feststellungsprozesses 419 (147, 6), Sicherung von ... im Vertheilungsverfahren 422 (149, 3), 428 (151, 13, Beschränkung der Geltendmachung von unbekannten ... 465 (172), 466 (172, 2), Berichtigung und Sicherung der ... beim Zwangsvergleich 494 (191), Einfluß des Zwangsvergleichs auf die ... 500 (193, 8), Umfang der Masseschulden im Nachlaßkonkursverfahren 582 (224).
Massegläubiger der Vertragsgegner des Gemeinschuldners bei Erlöschen eines Auftrags durch die Konkurseröffnung als ... 126 (27), — desgl. bei Erlöschen eines Geschäftsbesorgungsvertrags 126 (27), der geschäftsführenden Gesellschafter als ... bei Auflösung der Gesellschaft durch Konkurs eines Gesellschafters 127 (28), Behandlung der ..., die gleichzeitig absonderungsberechtigte aus der Immobiliarmasse sind 221 (47, 9), Behandlung im 7. Titel des 1. Buches 253 ff. (57 60), Begriff der ... 253 (Vorb. 1 vor 57), Verhältniß zum Gemeinschuldner 253 (Vorb. 2 vor 57), — zu den Konkursgläubigern 253 (Vorb. 2 vor 57), — zu dem Verwalter 253 (Vorb. 2 vor 57), Zeitpunkt für die Geltendmachung der Ansprüche der ... 253 (Vorb. 3 vor 57), der Gemeinschuldner als ... 254 (Vorb. 4 vor 57), Verhältniß zu den Aussonderungsberechtigten 254 (57, 1 u. 2), — zu den Absonderungsberechtigten 254 (57, 1 u. 2), Massekosten 255 (58), Masseschulden 259 (59), Rechtslage der ... vor Eintritt der Unzulänglichkeit der Masse 262 (60), — nach Eintritt der Unzulänglichkeit der Masse 262 (60), Befriedigung der ... im Vertheilungsverfahren 465 (172, 2), Ausschluß der ... von der Theilnahme am Zwangsvergleich 471 (173, 4), Stellung der ... im wiederaufgenommenen Konkursverfahren 510 (200, 2).
Massekosten, Vorwegberichtigung aus der Konkursmasse 254 (57), Begriff und Umfang 255 (58, 1), 257 (58, 3—5), Unterscheidung von den Masseschulden 255 (58, 1a), — von den besonderen Kosten 256 (58, 1b), Zahlung von ... durch Dritte 256 (58, 2a), — durch den Verwalter aus eigenen Mitteln 256 (58, 2b), Rangordnung 262 (60), Vergütung und Auslagen des Verwalters 311 (85, 4), Vorschuß zur Deckung von ... 340 (107), 517 (204, 2), Pflicht des Verwalters zur Berichtigung bezw. Sicherstellung der ... bei der Konkursaufhebung 351 (116, 3), Berücksichtigung der ... bei Abschlagsvertheilungen 442 (159, 4), Deckung der ... als Voraussetzung für die Wiederaufnahme des Konkursverfahrens 508 (198).
Masseschulden, anhängige Prozesse darüber 74 (11), Aufrechnung im Konkurse mit ... 244 (53, 6), Aufrechnung einer Masseschuld gegen eine Forderung zur Masse 250 (54, 4), Vorwegberichtigung aus der Masse 254 (57), Unterscheidung von den Massekosten 255 (58, 1a), Zahlung von ... durch den Verwalter aus eigenen Mitteln 256 (58, 2b), Umfang der ... 259 (59), Begriff der ... 259 (59, 1), Berichtigung an erster Stelle 262 (60), Pflicht des Verwalters zur Sicherstellung bezw. Berichtigung der ... bei der Konkursaufhebung 351 (116, 3), die vom Verwalter zu tragenden Kosten im Feststellungsprozeß 419 (147, 6), Berücksichtigung der ... bei Abschlagsvertheilungen 442 (159, 4), Umfang der ... im Nachlaßkonkurs, allgemeines 582 (224, 1), Ersatzforderungen für Aufwendungen der Erben 583 (224, 2), Forderungen des Erben auf Befreiung von Verbindlichkeiten 583 (224, 2), Beerdigungskosten 583 (224, 3), Kosten der Todeserklärung 584 (224, 4), Kosten für Akte einer ordnungsmäßigen Nachlaßverwaltung 584 (224, 5), Ansprüche aus Geschäften des Nachlaßpflegers 584 (224, 6), — des Nachlaßverwalters 584 (224, 6), — des Testamentsvollstreckers 584 (224, 6), Ersatzforderungen der Nachlaßpfleger für Aufwendungen 585 (224, 7), — desgl. des Nachlaßverwalters 585 (224, 7), — desgl. des Testamentsvollstreckers 585 (224, 7), — desgl. des ausschlagenden Erben 585 (224, 7).
Maßregeln, vorläufige ... zur Sicherung der Masse 337 (106).
Materieller Konkurs, Begriff 21 (Vorb. 1 zum 1. Buch).
Medizinalkosten, Vorrecht für ... 271 (61, 19).
Mehrheit zuständiger Gerichte 292 (71, 4), ... der Verwalter 305 (79), ... im Gläubigerausschuß 317 (90, 1), ... in der Gläubigerversammlung 322 (94, 3—5), Stimmenzählung dabei 325 (97), ... von Gläubigern als Voraussetzung für den Konkurs 330 (102, 2), ... der zustimmenden Gläubiger beim Zwangsvergleich 481 (182), 484 (183), ... der Erben beim Nachlaßkonkurs 568 (216), ... von Gläubigern bei Anfechtung außerhalb des Konkurses 686 (7, 5).
Meister, Vorrechtsforderung wegen Lohns 267 (61, 4).

Digitized by Google

Meliorationsverbände, Vorrecht 270 (61, 16).
Miethforderung, abgesonderte Befriedigung wegen ... 230 ff. (49, 11—14).
Mietverträge, Einfluß der Konkurseröffnung auf ... 102 ff. (19—21), früheres Recht in dieser Beziehung, wenn dem Gemeinschuldner die Miethsache bereits überlassen war 103 (19, 1), Miethrecht des Gemeinschuldners des Miethers als Bestandtheil der Konkursmasse 103 (19, 3), Vertrag als Grundlage der Miethe 103 (19, 4), Gegenstand des ... 104 (19, 5), Ueberlassung der Miethsache vor der Konkurseröffnung 104 (19, 6), Einfluß des Verkaufs auf das Miethverhältniß 104 (19, 7), Kündigungsrecht 104 (19, 8), Folgen der Kündigung 105 (19, 9), Uebergangsrecht hinsichtlich des Einflusses der Konkurseröffnung auf ..., wenn dem Gemeinschuldner die Miethsache bereits überlassen war 106 (19, 10), früheres Recht hinsichtlich des Einflusses der Konkurseröffnung auf ..., wenn dem Gemeinschuldner die Miethsache noch nicht überlassen war 107 (20, 1), Eintritt der Konkurseröffnung vor Ueberlassung der Miethsache 107 (20, 2), Rücktrittsrecht des anderen Theils in diesem Falle 107 (20, 3), Wahlrecht des Verwalters in diesem Falle 107 (20, 4), Einfluß der Konkurseröffnung auf ... des Gemeinschuldners als Vermiethers 108 (21), früheres Recht in dieser Beziehung 108 (21, 1), 110 (21, 7), Wirkung des Eintritts der Konkurseröffnung 108 (21, 3), Verfügungen des Gemeinschuldners über den Miethzins 109 (21, 4), Wirkung der Veräußerung des Miethgrundstücks 109 (21, 6), Uebergangsrecht hinsichtlich des Einflusses der Konkurseröffnung auf ... des Gemeinschuldners als Vermiethers 110 (21, 8), Fortsetzung des Miethverhältnisses nach der Konkurseröffnung 125 (26, 10), Aufrechnungszulässigkeit von Forderungen eines Miethers des Gemeinschuldners 249 (55, 2 u. 3), Ansprüche aus noch nach der Konkurseröffnung laufenden ... 260 (59, 4), Uebergangsrecht bei Konkurs des Miethers für den Appellationsgerichtsbezirk Frankfurt a. M. 702 (1).
Miethzins, Verfügungen des Gemeinschuldners über den ... vor der Konkurseröffnung 109 (21, 4).
Mildernde Umstände bei einfachem Bankerutt 625 (240), ... bei Gläubigerbegünstigungen 631 (241), ... Konkursbetrug 634 (242).
Militärärzte, Vorrecht wegen Kurkosten 271 (61, 19).
Minderkaufleute, Begriff 623 (239, 16), Bestimmung der Grenze zwischen Kleingewerbe und Großbetrieb 634 (239, 19).
Mißbrauch des Kredits, über die Natur dieser Bankerutthandlung 627 (240, 6), ihre Thatbestandsmerkmale 628 (240, 7 bis 9).
Missio in bona im altrömischen Konkursverfahren 1 (Einl. 1), 128 (Vorb. 1 vor 29).
Miteigenthum, Absonderungsrecht eines Miteigentümers 236 (51), ... des Gemeinschuldners mit Dritten 89 (16), Auseinandersetzung infolge des Konkurses 89 (16, 1), Theilungsgrundsätze 90 (16, 4), Theilungsverfahren 91 (16, 5),
Miterben, Stimmrecht der ... im Vergleichstermin 482 (182, 7), Theilhaftung der ... im Nachlaßkonkurse 569 (216, 5), Zwangsvergleich bei ... im Nachlaßkonkurse 596 (230, 1), Haftung der ... für die Nachlaßverbindlichkeiten vor der Theilung 607 (235, 1), — nach der Theilung 607 (235, 2), — gegenüber ausgeschlossenen Gläubigern 607 (235, 3).
Mitschuldner, Verhältniß der ... des Gemeinschuldners zu diesem 282 (67, 4), — zum Gläubiger 282 (67, 5 u. 6), der Gemeinschuldner als ... 283 (67, 7), Geltendmachung eines Ersatz- oder Befreiungsanspruches durch den ... nach der Konkursbeendigung 283 (67, 8), — unabhängig vom Konkurse 283 (67, 8).
Mittagsstunde als Zeitpunkt der Konkurseröffnung 341 (108).
Mittheilungen durch den Verwalter 302 (77, 2), ... des Prozentsatzes der Abschlagsvertheilung 442 (159, 5), ... von Amtswegen nach der Konkursaufhebung 451 (163, 3), ... des Konkursgerichts in Preußen von der Konkurseröffnung 704 (12).
Mittel des Ehemannes, Begriff 212 (45, 10), Beitrag von ... des Ehemannes zum Erwerbe der Frau 213 (45, 12).
Mitzeichnung von Anweisungen auf die Hinterlegungsstelle 382 (125).
Mobiliarpfandforderungen s. abgesonderte Befriedigung.
Molkereibetrieb, über die Kaufmannseigenschaft des Inhabers eines ... 622 (239, 14).
Moratorium, Aufhebung der landesgesetzlichen Vorschriften über ... 641 (4, 1).
Morgengabe, Anfechtbarkeit einer ... als unentgeltlicher Verfügung 166 (32, 6).
Motive der Konkursordnung 16 (Einl. 5), ... der Gemeinschuldordnung 16 (Einl. 5).
Mündel des Gemeinschuldners, Vorrecht 266 (61 Ziffer 5), Begriff des ... 272 (61, 22).
Mündliche Verhandlung im Konkursverfahren nicht erforderlich 294 (73).

N.

Nacherbe, Rechte des ... im Konkurse des Vorerben 371 (128, 6), ... auf den Überrest 371 (128, 7), ... als Gemeinschuldner 599 (231, 1).
Nacherbfolge, Einfluß der ... auf die Veräußerungsbefugniß des Verwalters 369 (128).

Digitized by Google

Nachforderungsrecht der Konkursgläubiger 436 (155), ... im Genossenschaftskonkurse 534 (114), 537 (122), 539 (123), 542 (129 u. 130), 543 (141), ... der Gläubiger einer offenen Handelsgesellschaft im Privatkonkurse eines Gesellschafters 549 (212), ... der Gläubiger einer Kommanditgesellschaft im Konkurse eines persönlich haftenden Gesellschafters 549 (212), — desgl. bei einer Kommanditgesellschaft auf Aktien 549 (212).

Nachlaß, Konkurs über einen ... 555 ff. (214—236), 656 (VI).

Nachlaßforderungen, Aufrechnung von Nachlaßschulden und ... mit Forderungen und Schulden des Erben 243 (53, 3).

Nachlaßgegenstände, abgesonderte Befriedigung aus ... nach früherem Recht 236 (50, 4).

Nachlaßgericht als Konkursgericht 595 (229, 2).

Nachlaßgläubiger, Absonderungsrecht eines ... nach bisherigem Recht 236 (50, 4), Stellung eines ... im Konkurse eines Vorerben 425 (151, 5), Stellung des Gläubigers eines im Nießbrauch eines Dritten stehenden Nachlasses 426 (151, 6), Absonderungsrecht der ... im Konkurse über das Vermögen des Erben am Nachlaß 462 (168, 2), 605 (234, 1), Antragsrecht der ... auf Nachlaßkonkurseröffnung 572 (217, 6), ausgeschlossene ... 575 (219, 1), 576 (219, 2), — diesen gleichstehende Gläubiger 576 (219, 3), Beschränkung des Antragsrechts der ... durch Zeitablauf 577 (220, 1), — im Falle der Nachlaßpflegschaft 577 (220, 2), Befriedigung der ... durch den Erben 586 (225, 2), Rangordnung der ... 587 (226).

Nachlaßkonkurs, Ausschluß der Geltendmachung von Erbschaftssteuern 269 (61, 9), Gemeinschuldner im ... 556 (Vorb. 1 vor 214), Stellung des Erben als Gemeinschuldners 557 f. (Vorb. 2 u. 3 vor 214), Bestreitungsrecht des Erben 558 (Vorb. 4 vor 214), Feststellung einer Konkursforderung gegen mehrere Erben 559 (Vorb. 5 vor 214), Erbenvertreter im ... 559 (Vorb. 6 vor 214), Wirkungen der Konkurseröffnung auf die Rechtslage des Erben 559 (Vorb. 7 vor 214), die Konkursmasse im ... 560 (Vorb. 8 vor 214), der Zwangsvollstreckung nicht unterliegende Gegenstände 560 (Vorb. 9 vor 214), Bestand des Nachlasses zur Zeit der Konkurseröffnung 561 (Vorb. 10 vor 214), Umfang der Verpflichtungen des Erben beim .. 562 (Vorb. 11 vor 214), Umfang der Masse bei unbeschränkter Haftung des ... 562 (Vorb. 12 vor 214), — bei Miterben 563 (Vorb. 13 vor 214), — bei Erbschaftsbesitz eines anderen als des Gemeinschuldners 563 (Vorb. 14 vor 214), Anspruch des Verwalters auf Rechnungslegung und Offenbarung 563 (Vorb. 15 vor 214), Tod des Gemeinschuldners während des Konkurses 563 (Vorb. 16 vor 214), Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten in diesem Falle 564 (Vorb. 17 vor 214), Konfusion und Konsolidation in diesem Falle 565 (Vorb. 18 vor 214), Anwendung der Vorschriften über den ... auf diesen Fall 565 (Vorb. 19 vor 214), Übergangsrecht 566 (Vorb. 20 vor 214), Zuständigkeit für das Verfahren 566 (214), Voraussetzung für die Nachlaßkonkurseröffnung 566 (215), ... vor Annahme der Erbschaft 568 (216, 2), ... bei unbeschränkter Haftung des Erben 568 (216, 3), ... nach Teilung des Nachlasses 569 (216, 4), Antragsberechtigung im ... 570 ff. (217—220), Antragsrecht des Erben 570 (217, 2), 572 (217, 6), — des Nachlaßpflegers 570 (217, 3), — des Nachlaßverwalters 570 (217, 3), — des Testamentsvollstreckers 571 (217, 4), — der gesetzlichen Vertreter des Erben 571 (217, 5), — des Konkursverwalters im Erbenkonkurse 571 (217, 5), — der Nachlaßgläubiger 572 (217, 6), 577 (220), — des Pflichtteilsberechtigten 572 (217, 6), Verpflichtungen der Antragsteller 572 (217, 7), Beschwerdeberechtigte gegen den Eröffnungsbeschluß 573 (217, 8), 574 (218, 4), Antragspflicht von Antragsberechtigten 573 (218, 9), Antragsrecht der Ehefrau bei Zugehörigkeit des Nachlasses zum eingebrachten Gut 573 (218), Antragsrecht des Ehemanns in diesem Falle 574 (218, 2), Antragsrecht der ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger 575 f. (219, 1 u. 2), 577 (219, 5 u. 6), 577 (220), — der diesen gleichstehenden Gläubiger 576 (219, 3), 577 (219, 5 u. 6; 220), — eines Vermächtnißnehmers 576 f. (219, 4—6), — des die Vollziehung einer Auflage zu fordern Berechtigten 576 f (219, 4—6), Unzulässigkeit der abgesonderten Befriedigung auf Grund einer nach Eintritt des Erbfalls erfolgten Zwangsvollstreckung 578 (221), — erfolgten Arrestvollziehung 578 (221), — im Wege der einstweiligen Verfügung erlangten Vormerkung 578 (221), Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung des Erben 579 (222), Zurückbehaltungsrecht des Erben 581 (223), Masseschulden im ... 582 (224), Forderungen des Erben gegen den Erblasser 585 (225), Geltendmachung der Nachlaßverbindlichkeiten 587 (226), Rangordnung der Nachlaßverbindlichkeiten 592 (226, 15), 593 (227), Anfechtung von Rechtshandlungen des Erblassers 593 (228), erleichterte Form der Anmeldung von Forderungen 595 (229), Zwangsvergleich 596 (230), Eintritt einer Nacherbfolge 598 (231), Rechtsstellung des Vorerben in diesem Falle 598 (231, 1), 599 (231, 4), Rechtsstellung des Erbschaftskäufers 600 (232), — des Käufers einer durch Vertrag erworbenen Erbschaft 604 (233), Nachlaßgläubiger im Konkurse über das Vermögen des Erben als Absonde-

Digitized by Google

rungsberechtigte 605 (234), Unzulässigkeit des Konkursverfahrens über einen Erbtheil 607 (235), Anwendbarkeit der Vorschriften über ... auf den Gesammtgutskonkurs bei fortgesetzter Gütergemeinschaft 608 (236), Subjekt des Bankerutts beim ... 620 (239, 8), reichsgesetzliche Uebergangsbestimmung 656 (VI).

Nachlaßpfleger im Nachlaßkonkurse 559 (Vorb. 6 vor 214), ... als Erbschaftsbesitzer 563 (Vorb. 14 vor 214), Antragsrecht auf Nachlaßkonkurseröffnung 570 (217, 3), Antragspflicht 573 (217, 9), Zurückbehaltungsrecht im Nachlaßkonkurse 582 (223, 4), Kosten einer Nachlaßpflegschaft 584 (224, 5), Verbindlichkeiten aus den von einem ... vorgenommenen Rechtsgeschäften 584 (224, 6), Verbindlichkeiten, die für den Erben gegenüber einem ... aus dessen Geschäftsführung entstanden sind 585 (224, 7), ... beim Zwangsvergleich im Nachlaßkonkurse 597 (230, 2).

Nachlaßschulden, Aufrechnung von ... und Nachlaßforderungen mit Forderungen und Schulden des Erben 243 (53, 3).

Nachlaßverbindlichkeiten, Ansprüche des Erben wegen Berichtigung von ... 586 (225, 2), Begriff der ... 588 (226, 1 u. 2), Unterhaltsansprüche 588 (226, 3), Erbenschulden 588 (226, 4), Ansprüche Dritter aus Rechtsgeschäften mit dem Erben 589 (226, 5), Prozeßkosten 589 (226, 6), Ersatzpflicht des Erben für außerkontraktlichen Schaden 589 (226, 7), Erbschaftssteuer 589 (226, 8), Pflichttheilsansprüche 589 (226, 9), Vermächtnisse 590 (226, 10 u. 11), Auflagen 590 (226, 10 u. 12), Voraus des Ehegatten 590 (226, 11), Anspruch von Familienangehörigen auf dreißigtägigen Unterhalt 590 (226, 11), minderberechtigte Gläubiger 591 (226, 14), Rangordnung der ... 592 (226, 15 u. 16).

Nachlaßverwalter, Berechtigung zum Antrag auf Nachlaßkonkurseröffnung 570 (217, 3), Antragspflicht 573 (217, 9), Zurückbehaltungsrecht im Nachlaßkonkurse 582 (223, 4), Kosten einer Nachlaßverwaltung 584 (224, 5), Verbindlichkeiten aus den von einem ... vorgenommenen Rechtsgeschäften 584 (224, 6), Verbindlichkeiten, welche für den Erben gegenüber einem ... aus dessen Geschäftsführung entstanden sind 585 (224, 7).

Nachschußberechnung im Genossenschaftskonkurse 534 (114).

Nachschußpflicht ausgeschiedener Genossen im Genossenschaftskonkurse 541 (138).

Nachträgliche Anmeldung, Anmeldung von Forderungen nach Ablauf der Anmeldefrist 393 (142).

Nachträgliche Berücksichtigung bei einer Abschlagsvertheilung nicht berücksichtigter Gläubiger 436 (155), Begriff solcher Nachzügler 436 (155, 1), ihre Rechte 436 (155, 2), Geltendmachung der Rechte 437 (155, 3), Umfang der Rechte 437 (155, 4), Vorschriften für die Vertheilung der Restmasse 437 (155, 5), Beschränkung des Rechts der Nachzügler durch eine neue Vertheilung 437 (155, 6), Zeitpunkt der Nachzahlung 438 (155, 7).

Nachtragsvertheilung, Grenze zwischen Schlußvertheilung und ... 458 (166, 1), Gegenstand der ... 458 f. (166, 2—4), Verfahren 459 (166, 5), Befugnisse des Verwalters 459 (166, 6), Mitwirken des Gerichts 460 (166, 7), ... im Genossenschaftskonkurse 535 (115).

Nachweis der Feststellungsklage hinsichtlich streitiger Forderungen ohne Titel im Vertheilungsverfahren 430 (152, 5), Ausschußfrist zur Führung des ... 430 (152, 6), Form des ... 431 (152, 7), Inhalt des 431 (152, 8), ... des Verzichts oder Ausfalls durch absonderungsberechtigte Gläubiger im Vertheilungsverfahren 432 (153).

Nachzügler, Begriff und Rechte bei einer Abschlagsvertheilung nicht berücksichtigter Gläubiger 436 (155).

Näherinnen, Vorrechtsforderungen wegen Lohns 267 (61, 4).

Nassauisches Fürstenhaus, Vorbehalt für Hausverfassung und Landesgesetze hinsichtlich des ... 642 (7).

Naturalbezugsforderungen s. Lohnforderungen.

Natürliche (nicht klagbare) Verbindlichkeiten begründen keine Konkursforderung 49 (3, 5), Aufrechnung im Konkurse mit ... 244 (53, 6), ... beim Zwangsvergleich 498 (193, 2).

Nebenbetrieb, Bedeutung des kaufmännischen ... eines Handwerkers 624 (239, 18), über die Eigenschaft eines ... als Handelsgeschäft 629 (240, 11).

Nebenetablissement, Verpflichtung zur Buchführung 629 (240, 11).

Nebenintervention der Konkursgläubiger im Anfechtungsprozeß 175 (36, 4), ... eines Konkursgläubigers im Feststellungsstreit 386 (139, 3), 400 (145, 4), ... des Schuldners im Anfechtungsprozeß außerhalb des Konkursverfahrens 609 (8, 5).

Neue Gläubiger bei Wiederaufnahme des Verfahrens 509 (200).

Nichtberechtigte, Verfügung eines ... über Gegenstände der Konkursmasse nach der Konkurseröffnung 85 (15, 9).

Nichterfüllung eines Rechtsverhältnisses in Folge Konkurseröffnung 121 (26), Wirkung der ... auf die vorher gemachte Leistung 122 f. (26, 4—8), — auf den Anspruch des Gläubigers 124 (26, 9), ... des Zwangsvergleichs, keine Klage deswegen 504 (195).

Nichterheben von Dividenden 463 (169).

Nichtigkeit von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners nach der Konkurseröffnung 61 (7, 1 u. 2), Umfang der ... 62 (7, 3), Einfluß des guten Glaubens 621 (7, 4 u. 5), Rechte des Verwalters 62 (7, 6), Rechte

Digitized by Google

der Gläubiger 63 (7, 6), Geltendmachung der Unwirksamkeit nach der Konkursaufhebung 64 (7, 7), Heilung der Unwirksamkeit 64 (7, 8), Rechtshandlungen eines Vertreters 64 (7, 9), Rechte und Pflichten des Gegenkontrahenten 65 (7, 10 u. 11), Rechtsstellung dritter Erwerber 66 (7, 12), Vermuthung für die Zeit der Vornahme der Rechtshandlung 66 (7, 13), ... der Bevorzugung einzelner Gläubiger beim Zwangsvergleich 479 (181, 4).

Niederlassung, Gerichtsstand der gewerblichen ... 291 (71), gewerbliche ... eines Ausländers im Inlande 615 (238, 2 u. 4).

Niederlegung s. Gerichtsschreiberei, Hinterlegung, Offenlegung.

Nießbrauch, Verhältniß zur Zwangsvollstreckung 36 (1, 11), über die Zugehörigkeit zur Masse 36 (1, 11), Aussonderung 202 (43, 8), Stellung des Gläubigers eines im ... eines Dritten stehenden Nachlasses 426 (151, 6), — eines im ... eines Dritten stehenden Vermögens 426 (151, 7), Stimmrecht des Gläubigers einer im ... eines Dritten stehenden Forderung im Vergleichstermin 483 (182, 7), Einfluß des Zwangsvergleichs auf die einem Nießbraucher zustehende Zinsforderung 499 (193, 6).

Notar bei Siegelungen und Entsiegelungen 358 (122, 2), bei Inventuren 359 (123, 3), bei Versteigerungen 705 (16).

Nothdürftiger Unterhalt des Gemeinschuldners 371 (129), 372 (129, 3).

Nothfrist zur Einlegung der sofortigen Beschwerde 298 (73, 7).

Nützliche Verwendung, abgesonderte Befriedigung wegen ... 223 (49, 20).

Nutznießer, Konkurs des ... eines Guts, der im Deutschen Reiche keinen allgemeinen Gerichtsstand hat 615 (238, 5).

Nutznießung des Ehemannes am Frauengut 43 (1, 25), ... der Eltern am Kindergut 44 (1, 26).

Nutzungen s. Ehefrau, Kinder.

O.

Offenbarungseid des Gemeinschuldners 360 (125, 1), Eidesgläubiger 361 (125, 2), Zuständigkeit 361 (125, 3), Verfahren 361 (125, 4), Verweigerung der Leistung des ... 474 (175, 2), ... der Erben im Nachlaßkonkurs 558 (Vorb. 3 vor 214).

Offene Handelsgesellschaft, Einfluß der Konkurseröffnung 118 (25, 4), Aufrechnung einer ... gegen einen Gesellschaftsgläubiger 243 (52, 3), Wirkung der Konkursaufhebung nach vorangegangenem Zwangsvergleich 497 (192, 2), Konkurs über das Gesellschaftsvermögen 544 (209, 1), Gemeinschuldner beim Konkurse einer ... 544 (209, 2), Konkursgläubiger 545 (209, 3), Gläubigerrecht der Gesellschafter 545 (209, 3), ausgeschiedene Gesellschafter im Konkurse 546 (209, 4), Konkursgrund 546 (209, 5), Konkurs nach der Auflösung 546 (209, 6), Berechtigung zum Eröffnungsantrag 547 (210), Antragspflicht 547 (210, 1), Anhörung des Gemeinschuldners vor der Konkurseröffnung 547 (210, 3), Wirkung des Zwangsvergleichs auf die Haftung der Gesellschafter 548 (211, 3), Wirkung des Zwangsvergleichs im Konkurse des Gesellschafters auf dessen Haftung 550 212, 3), Rechte der Gesellschaftsgläubiger im Konkurse über das Privatvermögen eines Gesellschafters 549 (212), Subjekt des Bankerutts beim Konkurs einer ... 620 (239, 8), Kaufmannseigenschaft der Gesellschafter 622 (239, 14), 628 (240, 10), Verantwortlichkeit der Liquidatoren 637 (244).

Offener Arrest, Erlaß bei Konkurseröffnungen 345 (110), öffentliche Bekanntmachung des ... 346 (111), Begriff und Wesen des ... 354 (118, 1), seine Wirkung 355 (119).

Offenlegung der Schlußrechnung 312 (86), des Inventars 359 (124), der Bilanz 359 (124), der Siegelung und Entsiegelungsprotokolle 359 (124), der Tabelle und der Anmeldungen 389 (140), des Vertheilungsverzeichnisses 423 (151), der Berichtigung des Vertheilungsverzeichnisses 4·9 (158), des Zwangsvergleichsvorschlags 476 (178), des Einstellungsantrages 515 (203).

Öffentliche Abgaben, abgesonderte Befriedigung wegen ... 227 (49, 5), Vorrecht wegen ... 268 ff. (61, 8—13).

Öffentliche Bekanntmachungen, Bewirkung der ... 300 (76), ... der Summe der Forderungen und des Massebestandes im Vertheilungsverfahren 427 (151, 12), gesetzliche Folgen dieser Bekanntmachung 428 (151, 14), ... des Schlußverzeichnisses 447 (161, 8), ... des Schlußtermins 447 (162, 1), ... der Konkursaufhebung 451 (163, 2), 494 (190, 4), ... des Zwangsvergleichstermins 477 (179, 3).

Öffentliche Verbände, Vorrecht 270 (61, 16).

Öffentliche Zustellung bei unbekannter Wohnung des Gemeinschuldners 336 (105, 7).

Öffentlichkeit im Konkursverfahren 294 (72, 3).

Ordentliche Gerichte, Zugehörigkeit des Konkursverfahrens zur ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit 12 (Einl. 4), 293 (72).

Ordnungsmäßige Wirthschaft, Veräußerung von Waaren oder Werthpapieren in einer den Anforderungen einer ... widersprechenden Weise 628 (240, 9).

Ordnungsstrafen gegen den Verwalter 309 (84, 1), Verfahren 310 (84, 3).

Örtliche Rechte, Kollision von ... (allgemeines) 22 (Vorb. 5 zum 1. Buch), Kollision von ... bei Konkursanfechtungen 141 (29, 20), — bei Anfechtungen außerhalb des Konkursverfahrens 667 (1, 11).

Ortsarmenverbände, Vorrecht 270 (61, 16).

Digitized by Google

Ortskrankenkassenbeiträge s. Krankenkassenbeiträge.
Österreich, Konkursrecht in ... 4 (Einl. 1), Staatsverträge betreffend Konkursrecht zwischen Preußen und ... 613 (237, 7), — zwischen dem Königreich Sachsen und ... 613 (237, 7), — zwischen dem Deutschen Reiche und ... 613 (237, 7).

P.

Pachtforderung, abgesonderte Befriedigung wegen ... 232 (49, 15).
Pachtverträge, Einfluß der Konkurseröffnung auf ihre Fortdauer 102 ff. (19—21); Ansprüche aus noch nach der Konkurseröffnung laufenden ... 261 (59, 5), preußische Uebergangsbestimmungen für den Appellationsgerichtsbezirk Frankfurt a. M. 702 (1).
Pachtzins, Absonderungsrecht wegen des ... 232 (49, 15).
Pächter, Absonderungsrecht des ... an Inventarstücken des Verpächters 233 (49, 16), Zulässigkeit der Aufrechnung von Forderungen eines ... des Gemeinschuldners 249 (55, 2 u. 3), Konkurs des ... eines im Deutschen Reiches liegenden Guts, wenn er daselbst keinen allgemeinen Gerichtsstand hat 614 (238).
Packer, Vorrechtsforderung wegen Lohns 267 (61, 4).
Parochialkirchgemeinden s. Kirchengemeinden.
Partikularkonkurs, Begriff 518 (Vorb. 1 vor 207).
Passivmasse, Behandlung im 4. Titel des 2. Buchs 383 ff. (138—148), ... im Nachlaßkonkurse 567 (215, 3).
Patentrechte des Gemeinschuldners als Bestandtheil der Konkursmasse 38 (1, 14).
Pauliana actio 129 (Vorb. 1 vor 29).
Pensionen, Zugehörigkeit von Beamtenpensionen zur Masse 35 (1, 10), 40 (1, 49), Heranziehung der ... von Wittwen ꝛc. (§ 850 Nr. 7 CPO.) und Offizieren ꝛc. (§ 850 Nr. 8 CPO.) zur Masse 427 (151, 9).
Periodische Einkünfte und Hebungen, Zugehörigkeit zur Konkursmasse 40 (1, 19).
Persönliche Haftung, Begriff der ... des Gemeinschuldners 278 (64, 5), Rechte eines Absonderungsberechtigten bei ... des Gemeinschuldners 278 (64, 5), ... der Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft 548 (211), 549 (212), — von Mitgliedern einer Kommanditgesellschaft 548 (211), 549 (212), — einer Kommanditgesellschaft auf Aktien 548 (211), 549 (212).
Persönliche Pflichten des Gemeinschuldners, Zugehörigkeit zur Masse 48 (3, 4).
Persönliche Rechte des Gemeinschuldners, Zugehörigkeit zur Masse 36 ff. (1, 11—12).
Personenmehrheit beim Zwangsvergleich, Ermittlung der ... 481 (182, 4), Vertretung der Gläubiger im Vergleichstermin 482 (182, 5), Stimmrecht eines Inhabers mehrerer Forderungen 482 (182, 6), — der Inhaber von Theilforderungen 482 (182, 6), — von Gesammtforderungen 482 (182, 7), — des Ehegatten des Gemeinschuldners 484 f. (183, 1—3), — der Cessionare des Ehegatten des Gemeinschuldners 485 f. (183, 4 u. 5).
Pertinenz s. Zubehörstücke.
Pfändbarkeit des Vermögens des Gemeinschuldners 34 (1, 8), ... insbesondere von Forderungen 35 (1, 10), ... von der Persönlichkeit nicht abtrennbarer Rechte 36 (1, 12), ... des Urheberrechts 38 (1, 13), ... des Patentrechts 38 (1, 14), ... des Markenschutzrechts 38 (1, 15), ... von unter einer Auflage gegebenen Zuwendungen 39 (1, 16), ... der Rechte des Gemeinschuldners am eingebrachten Gute seiner Frau 43 (1, 25), 44 (1, 27), — am Gute der Kinder 44 (1, 26 u. 27).
Pfandbestellung, Gewährung einer Sicherung an einen Gläubiger durch ... 633 (241, 8).
Pfandbriefe, Vorrecht der Inhaber von ... im Konkurse 652 (17).
Pfandbriefgläubiger s. Hypothekenbanken.
Pfandforderung, abgesonderte Befriedigung der ... 221 (48).
Pfandgläubiger, ihre Stellung im römischen Rechte 1 (Einl. 1), — im gemeinen Recht 2 (Einl. 1).
Pfandrechte, Erwerb nach der Konkurseröffnung 82 (15), Absonderungsrechte auf Grund eines Immobiliarpfandrechts 218 (47), Abgrenzung des Immobiliar- und des Mobiliarpfandrechts 218 (47, 1), Gegenstände des Immobiliarpfandrechts 218 (47, 2 u. 3), Ansprüche für die abgesonderte Befriedigung verlangt werden kann 219 f. (47, 4—6), Eigenthümerhypothek 220 (47, 8), Eigenthümergrundschuld 220 (47, 8), Absonderungsrecht auf Grund eines Faustpfandrechts 221 (48), 651 f. (14—16), Voraussetzung dafür 221 (48, 1), Gegenstand des Faustpfandrechts 222 (48, 2 u. 3), Kollision zwischen Mobiliar- und Immobiliarpfandrecht 222 (48, 4), Pfandforderung 222 (48, 5), Rangordnung der Faustpfandrechte 223 (48, 3), Bestellung eines Faustpfandrechts 223 (48, 9), Uebergang eines Faustpfandrechts 223 (48, 9), Untergang eines Faustpfandrechts 223 (48, 9), früheres Recht hinsichtlich der Faustpfandrechte 224 (48, 10), Absonderungsrecht auf Grund eines Quasifaustpfandrechts 225 (49), Begriff des Quasifaustpfandrechts 225 (49, 1), Gleichstellung der Quasifaustpfandgläubiger mit den Faustpfandgläubigern 226 (49, 2), Rangordnung der verschiedenen Absonderungsrechte 226 (49, 3), Schutz des guten Glaubens bei gesetzlichen und Pfändungspfandrechten 226 (49, 4), Pfändungspfandrecht 227 (49, 6), Zusammentreffen des Pfändungspfandrechts mit anderen ... 228 (49, 7), die gesetzlichen Pfandrechte des BGB. 228 ff. (49, 8—18), das ... an der Sicherheitsleistung 228 ff. (49, 9 u. 10), ... des Vermiethers 230 ff. (49, 11—14), ... des Verpächters 232 (49, 15), ... des

Digitized by Google

Pächters 233 (49, 16), ... des Unternehmers 233 (49, 17), ... des Gastwirths 233 (49, 18), ... die gesetzlichen Pfandrechte des HGB. und des Binnenschiffahrtsgesetzes 233 (49, 19), Erlangung von ... nach Erlaß eines Veräußerungsverbots 338 (106, 4), 339 (106, 6), Unberührtbleiben der ... durch den Zwangsvergleich 497 (193), reichsgesetzliche Uebergangsbestimmungen über die Behandlung der vor dem Inkrafttreten der K.O. entstandenen ... 645 ff. (11—13), gesetzliches ... der Ehefrau des Gemeinschuldners nach altem Recht 649 (13), — desgl. der Kinder des Gemeinschuldners 649 (13), — desgl. der Pflegebefohlenen des Gemeinschuldners 649 (13), preußische Ausführungsbestimmungen über die Behandlung der vor dem Inkrafttreten der K.O. entstandenen ... 706 ff. (18—36).

Pfandstücke, Vorzeigung und Abschätzung 356 (120), Verwerthung 366 (127), Einlösung durch den Verwalter 378 (133, 8).

Pfändung gegen den Gemeinschuldner als dessen Rechtshandlung 133 (29, 3), Zulässigkeit der ... an körperlichen Sachen 222 (48, 2—4), — an Forderungen 222 48, 2—4), abgesonderte Befriedigung der Pfändungsgläubiger auf Grund einer ... 225 (49), preußische Ausführungsbestimmungen betr. durch ... erworbene Pfand- oder Vorzugsrechte 707 (24).

Pfändungspfandrecht im Verhältniß zum Vertragspfandrecht 646 (12, 3).

Pfandverkauf, Vorschriften über ... bei Verwerthung der Masse 368 (127, 5).

Pflegebefohlene des Gemeinschuldners, Vorrecht der ... nach Reichsrecht 266 (61 Ziff. 5), Begriff 272 (61, 22), Vorrecht der ... nach Landesrecht 649 (13), 707 (22 u. 23).

Pflegekinder des Gemeinschuldners, kein Vorrecht 272 (61, 21).

Pflegekosten, Vorrecht wegen ... 271 (61, 19).

Pflichtschenkungen, Unanfechtbarkeit von ... 166 (32, 5).

Pflichttheilsansprüche als Gegenstand der Konkursmasse 37 (1, 12), Belastung des Pflichttheils mit einer Auflage 39 (1, 16), Antragsrecht der Pflichttheilsberechtigten auf Nachlaßkonkurseröffnung 572 (217, 6), Antragspflicht 573 (217, 9), Anfechtung der Erfüllung von ... 579 (222), ... als Nachlaßverbindlichkeiten 589 (226, 9), Rangordnung der ... unter den Forderungen im Nachlaßkonkurs 592 (226, 15).

Pflichtwidrigkeit des Verwalters 308 (83), 309 (84).

Politische Rechte, Einfluß der Konkurseröffnung auf die ... des Gemeinschuldners 511 (Vorb. 1 vor 202).

Polizeibehörden, Gebühren von ... sind keine öffentlichen Abgaben 269 (61, 10).

Post, Zugehörigkeit des Posthaltereiinventars zur Masse 34 (1, 8), Zustellung durch Aufgabe zur ... 301 (77), Pflichten der Post- und Telegraphenanstalten bei der Beschlagnahme der Korrespondenz des Gemeinschuldners 356 (121).

Postsendungen für den Gemeinschuldner, Beschlagnahme 356 (1 u. 2).

Präklusion, Anmeldefrist für Konkursforderungen keine Ausschlußfrist 383 (Vorb. 1 vor 138), Ausschlußfrist für Konkursgläubiger zum Nachweis der erhobenen Feststellungsklage 429 (152), — für Absonderungsberechtigte zum Nachweis ihres Verzichts oder Ausfalles 432 (153), Ausschluß einer aufschiebend bedingten Konkursforderung bei der Schlußvertheilung 435 (154).

Prätor, Thätigkeit im alt römischen Konkursverfahren 1 (Einl. 1).

Präventivakkord, Begriff und Anwendungsgebiet 469 (Vorb. 4 vor 173).

Preußen, Staatsvertrag Preußens mit Oesterreich über die Behandlung preußischer und österreichischer Konkurse 613 (237, 7), das preußische Ausführungsgesetz zur K.O. 702 ff. (1—57).

Preußische Konkursordnung, Geschichtliches 3 f. (Einl. 1), Zitiermethode 18 (Einl. 5).

Prioritätsverfahren im gemeinrechtlichen Konkurs 2 (Einl. 1).

Privatbeamte als Gemeinschuldner 40 (1, 19), Vorrecht 267 (61, 14).

Privateisenbahnen, Absonderungsrecht an ... 219 (47, 3).

Private Versicherungsunternehmungen, Reichsgesetz über die ... 119 (25, 4), 265 (Vorb. 4 vor 61), 331 (103, 4), 344 (109, 2), 474 (175, 1), 497 (192, 2), 521 (208, 2), 552 (213, 1), 620 (239, 9).

Privatgläubiger, Verhältniß zu den Gläubigern einer offenen Handelsgesellschaft 549 (212), — einer Kommanditgesellschaft 549 (212), — einer Kommanditgesellschaft auf Aktien 549 (212).

Privatschulen, kein Vorrecht 270 (61, 15).

Privatvermögen, Konkursverfahren über das ... eines persönlich haftenden Mitglieds einer offenen Handelsgesellschaft 549 (212), — einer Kommanditgesellschaft 549 (212), — einer Kommanditgesellschaft auf Aktien 549 (212), ... eines unbeschränkt haftenden Erben 605 (234).

Privilegierte Forderungen im gemeinen Recht 2 (Einl. 1).

Proteste, Aufnahme der Wechselproteste beim Gemeinschuldner 58 (6, 2).

Protokolle über die Verhandlungen vor dem Konkursgericht 293 (72, 2), ... über die Siegelung der Masse 359 (124), Anmeldung zu ... des Gerichtsschreibers 385 (139).

Provinzialverbände, Absonderungsrecht der ... 225 (49 Ziff. 1), Vorrecht wegen ihrer Forderungen auf öffentliche Abgaben 265 (61 Ziff. 2), — auf gewisse andere Abgaben und Leistungen 270 (61, 16).

Provisionsforderungen s. Lohnforderungen.

Digitized by Google

Prozentsatz, Bestimmung des ... bei Abschlagsvertheilungen 422 (149, 3), 423 (150, 1), 428 (151, 13), 441 (159, 1), Anrecht der Nachzügler auf die bisher festgesetzten ... 436 (155), Zeit der Bestimmung 441 (159, 2), Mitwirkung des Konkursgerichts bei der Bestimmung 441 (159, 3), Höhe des ... 442 (159, 4), Mittheilung des ... 442 (159, 5), Wirkung der Mittheilung 442 (159, 5), Einfluß der Festsetzung des ... auf unbekannte Masseansprüche 465 (172), Wichtigkeit des aus der Masse gewährten ... beim Zwangsvergleich 489 (187).

Prozeßbevollmächtigte, Befugniß zur Abgabe und zum Empfange der Aufrechnungserklärung 240 (Vorb. 4 vor 53).

Prozesse, Aufnahme der zur Zeit der Konkurseröffnung für den Gemeinschuldner anhängigen ...69, (10), — der zu dieser Zeit gegen den Gemeinschuldner anhängigen ... 74 (11), 396 (144), ... über die Theilungsmasse 203 ff. (44—47), ... über die Schuldenmasse 221 (48), Anhängigmachung von .. durch den Verwalter 377 (133, 6), Ablehnung der Aufnahme von ... durch den Verwalter 378 (133, 7), Feststellungsprozesse über streitige Konkursforderungen 404 (146).

Prozeßgericht, Zuständigkeit für Feststellungsklagen 408 (146, 7), 412 (146, 13), 415 (146, 20), Festsetzung des Werthes des Streitgegenstandes 420 (148), Entscheidung über Streitigkeiten, ob ein Forderungsantheil im Vertheilungsverfahren zurückzubehalten ist 462 (168, 1).

Prozeßkosten eines aufgenommenen, gegen den Gemeinschuldner anhängigen Prozesses bei Anerkennung der Hauptforderung durch den Verwalter 76 (11, 5), ... als Konkursforderung 76 (11, 6), ... bei Absonderungsprozessen 77 (11, 7), Kosten für ... der Masse 258 (58, 4), Anspruch eines Gläubigers auf Erstattung der Kosten eines Feststellungsstreits 419 (147, 6).

Prozeßverfahren, Verhältniß zum Konkursverfahren 21 (Vorb. 1 zum 1. Buch).

Prüfung des Zwangsvergleichs 486 ff. (184 bis 188), ... der angemeldeten Forderungen s. Prüfungsverfahren.

Prüfungstermin, Bestimmung des allgemeinen ... 345 (110), Erörterung der angemeldeten Forderung im ... 390 ff., (141 bis 144), besonderer ... 393 (142), der allgemeine ... als Grundlage für die Vertheilung der Masse 422 (149), Versäumung des ... 456 (165), Unzulässigkeit eines Zwangsvergleichs vor Abhaltung des allgemeinen ... 470 (173, 2), Verbindung des allgemeinen ... mit dem Vergleichstermin 478 (180).

Prüfungsverfahren, allgemeiner Prüfungstermin 345 (110), 384 (138, 4), Verlauf des Prüfungstermins 390 (141), Erörterung der angemeldeten Forderungen 390, (141, 1), 391 (141,4), 392 (141, 8), Vertagung des Prüfungstermins 391 (141, 3), Erörterung bei Bestreiten des Verwalters 391 (141, 5), — eines Konkursgläubigers 392 (141, 6), — des Gemeinschuldners 392 (141, 7), besonderer Prüfungstermin 393 (142, 1), Kosten des besonderen Termins 395 (142, 6), Ausbleiben des Anmeldenden im Prüfungstermin 396 (143), Widerspruchsberechtigte 396 (144, 1), Feststellung der angemeldeten Forderung 397 (144, 4), Eintragung des Ergebnisses in die Tabelle 399 (145, 1), Bewirkung der Eintragung durch das Gericht 400 (145, 2), Bedeutung der Eintragung als Schluß des ... 400 (145, 4), nochmalige Prüfung bereits geprüfter Forderungen im wiederaufgenommenen Verfahren 511 (201, 2), ... bei Bestreiten durch den Erben 558 (Vorb. 4 vor 214), — durch mehrere Erben 559 (Vorb. 5 vor 214).

Q.

Quasifaustpfandgläubiger, abgesonderte Befriedigung der ... 225 (49).

Quittungen des Verwalters für die Hinterlegungsstelle 382 (137).

R.

Rangordnung der Immobiliargläubiger 219 (47, 4), der Faustpfandgläubiger 223 (48, 8), für Theile der Faustpfandforderungen 223 (48, 7), ... der Quasifaustpfandgläubiger 226 (49, 3), ... der Massegläubiger 262 (60), ... der Konkursgläubiger 265 (61), 273 (62), ... der Nachlaßverbindlichkeiten 592 (226, 15), 593 (227), ... sämmtlicher Gläubiger im Nachlaßkonkurse 592 (226, 16), Uebergangsbestimmungen in Preußen betr. die ... bevorrechtigter Pfandgläubiger 706 (20), 707 (23).

Realgläubiger s. Immobiliargläubiger.

Realkonkurrenz beim Bankerutt 619 (239, 5).

Rechnungsfehler in der Tabelle 400 (145, 2).

Rechnungslegung des Verwalters 312 (86), 375 (132).

Rechnungsposten, über die Anwendbarkeit der Vorschriften über die Aufrechnung auf ... 250 (55, 3).

Rechte, persönliche ... des Gemeinschuldners 36 ff. (1, 11 u. 12).

Rechtsabtretung s. Abtretung.

Rechtsanwalt, über Anwaltszwang im Konkursverfahren 293 (72).

Rechtsanwaltskammern s. Anwaltskammern.

Rechtsanwaltsverein s. Anwaltsverein.

Rechtserwerb nach der Konkurseröffnung 82 (15).

Rechtsgeschäfte, Erfüllung von ... des Gemeinschuldners durch den Verwalter 92 ff. (17—28), ... des Schuldners als Gegenstand der Anfechtung 198 (30, 14), durch

Digitized by Google

... bestellte Pfandrechte 221 (48), 366 (127), Aufrechnung mit einer nach Kenntniß der Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung gegen den Gemeinschuldner durch ... erworbenen Forderung 248 (55 Ziff. 3), Ansprüche aus ... des Verwalters 259 (59), Bedeutung der Anerkennung oder Aufstellung erdichteter ... 622 (239, 12).

Rechtshandlungen, Unwirksamkeit der von dem Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung vorgenommenen ... 61 (7), Begriff 61 (7, 1), Unwirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern 61 ff. (7, 2—7), Genehmigung durch den Verwalter 64 (7, 8), ... eines Vertreters des Gemeinschuldners 64 (7, 9), Anfechtbarkeit von vor der Konkurseröffnung vom Gemeinschuldner vorgenommenen .. 128 ff. (29 bis 42), Begriff der ... 132 (29, 1), Subjekt der .. 133 (29, 2 u. 3), benachtheiligende ... als Voraussetzung der Anfechtung 134 (29, 5), Genehmigung von ... des Verwalters 375 ff. (133—136), Anfechtung von in der Zeit von der Aufhebung bis zur Wiederaufnahme des Verfahrens vorgenommenen ... des Gemeinschuldners 509 (199, 1), Anfechtbarkeit von .. zahlungsunfähiger Schuldner außerhalb des Konkursverfahrens 662 (1), 672 (3), Begriff dieser ... 673 (3, 2), Zeit der Vornahme mit Rücksicht auf die Anfechtbarkeit 674 (3, 5).

Rechtshülfe der deutschen Gerichte 12 (Einl. 4), 640 (3, 3).

Rechtskraft, Wirksamkeit der Entscheidung des Beschwerdegerichts erst mit der ... 299 (74), ... der Eintragung in die Tabelle 401 (145, 5), ... des Zwangsvergleichs 492 (189), 493 (190), Folgen der ... der Verurtheilung des Gemeinschuldners wegen betrüglichen Bankerutts 506 (197).

Rechtsmittel gegen Entscheidungen des Konkursgerichts 298 ff. (73, 6—9).

Rechtsnachfolger, Vergeltungsrecht gegen ... ausländischer Gläubiger 55 (5), Anfechtung gegen den ... 189 (40), — gegen den Erben 190 (40, 2), — gegen sonstige Gesammtrechtsnachfolger 190 (40, 3), — gegen alle übrigen ... 191 (40, 4), Voraussetzung für die Anfechtung 191, (40, 5), weitere Eintheilung der ... für die Anfechtung 192 (40, 6), Verpflichtungen der ... nach erfolgter Anfechtung 193 (40, 7), Rechte auf die Gegenleistung 193 (40, 8), gutgläubige ... 194 (40, 9), mehrere aufeinanderfolgende ... 194 (40, 10), ... der Ehefrau im Konkurse des Mannes 212 (45, 9), ... des Anmeldenden 395 (142, 4), ... bei Anfechtung außerhalb des Konkursverfahrens 693 (11).

Rechtsnorm im Sinne der K.O. 639 (2).

Rechtsstreitigkeiten s. Prozesse.

Rechtssubjekt, Voraussetzung für den Begriff des Gemeinschuldners 329 (102, 1).

Rechtsverhältnisse, Einfluß der Konkurseröffnung auf ... 99 ff. (18—24), 117 (25), Verhältniß der Sondervorschriften des bürgerlichen Rechts über die Wirkung der Konkurseröffnung auf ... zu den Bestimmungen der K.O. 117 (25, 2 u. 3), Sondervorschriften des bürgerlichen Rechts über die Wirkung der Konkurseröffnung auf ... 118 (25, 4).

Rechtswohlthat der Kompetenz 452 (164, 1), 641 (4, 2), ... der Güterabtretung 641 (4, 1).

Redlicher Erwerb s. guter Glaube.

Register, Aufzählung der Register, an die im Konkursverfahren Mittheilungen ergehen 347 (112, 2 u. 3), Eintragung der Konkurseröffnung in die ... 347 (112), — der Konkursaufhebung in die ... 450 (163), 493 (190), — der Konkurswiederaufnahme in die ... 508 (198), — der Konkurseinstellung in die ... 517 (205), Vorrechtsregister für frühere Rechte, reichsgesetzliche Uebergangsbestimmungen 645 (12), 649 (13), — preußische Ausführungsbestimmungen 707 ff (25—36).

Registrirte Gesellschaften bayrischen Rechts 641 (6).

Regreßansprüche des Cessionars gegen den Gemeinschuldner als Cedenten 282 (67, 4), ... der Bürgen und Mitschuldner des Gemeinschuldners gegen diesen 282 (67, 4), Anmeldung der ... des aufschiebend bedingt berechtigten Bürgen neben der Forderung des unbedingt berechtigten Gläubigers 282 (67, 5), ... des Wechselinhabers gegen jeden Wechselverpflichteten 284 (68, 1), ... der Gläubiger gegen Mitschuldner und Bürgen des Gemeinschuldners 501 (193, 11).

Regreßforderungen gegen andere Konkursmassen 284 (68).

Regreßpflicht des Verwalters 307 (82, 1).

Reichsanzeiger, Bekanntmachungen im ... 346 (111), 350 (116).

Reichsgericht, Zuständigkeit des ... als letzter Instanz für Anfechtungsprozesse 658 (IX).

Reichsgesetze, Verhältniß der ... zur Landesgesetzgebung 11 (Einl. 4), 641 (4), — zur Konkursordnung 639 (3).

Reichskanzler, Anordnungen des ... betreffend das Ausland 55 (5), 611 (237).

Reichskasse, Absonderungsrecht der ... 225 (49 Ziff. 1), Vorrecht der ... wegen ihrer Forderungen auf öffentliche Abgaben 265 61 Ziff. 2), Begriff der ... 269 (61, 8).

Reichspostporto keine öffentliche Abgabe 269 (61, 9).

Reichstagskommission, Thätigkeit der ... hinsichtlich der K.O. 5 (Einl. 2), Protokolle der ... 17 (Einl. 5).

Reichswährung, Berechnung der Konkursforderungen in ... 286 (69), Begriff der ... 287 (69, 3).

Reisekosten, Verhältniß von ... und Aufwand 627 (240, 3).

Reklame, Verhältniß von Reklamekosten und Aufwand 627 (240, 3).

Digitized by Google

Renten als Theil der Konkursmasse 35 (1, 10), ... als Konkursforderungen 51 (3, 10).
Rentenschuldgläubiger, Einfluß des Zwangsvergleichs auf deren Rechte 497 (193).
Resolutivbedingung, Einfluß einer ... auf die Zugehörigkeit von Rechten zur Konkursmasse 33 (1, 6), ... bei Konkursforderungen 50 (3, 9), 281 (66).
Restaurateure, über die Kaufmannseigenschaft der ... 624 (239, 19).
Restitution s. Wiederaufnahme des Verfahrens.
Retentionsrecht s. Zurückbehaltungsrecht.
Retorsion gegen das Ausland 55 (5).
Revenuen als Bestandtheil der Konkursmasse 40 (1, 19).
Rhederei, Einfluß der Konkurseröffnung auf eine ... 118 (25, 4).
Rheinhessen, früheres Konkursrecht in ... 4 (Einl. 1).
Rheinpfalz, früheres Konkursrecht in der ... 4 (Einl. 1).
Rheinprovinz, früheres Konkursrecht in der preußischen ... 4 (Einl. 1).
Richter, Ablehnung und Ausschließung von ... 294 (72, 2).
Richterliche Verfügung, preußische Uebergangsbestimmungen betreffend durch ... erworbene Pfand- oder Vorzugsrechte 706 (18), 707 (23 u. 24).
Right of stoppage s. Verfolgungsrecht.
Römisches Konkursverfahren im alten Recht 1 (Einl. 1), ... im justinianischen Recht 1 (Einl. 1).
Rübenzuckersteuern, Fälligkeit der ... 269 (61, 11).
Rückfall unerhobener Antheile zur Masse 464 (169, 4).
Rückforderung von Wechselzahlungen des Gemeinschuldners 169 (34), ... der Gegenleistung bei Anfechtungen 185 (38), ... von an den Gemeinschuldner geschickten Waaren 203 (44).
Rückgewähr, Anfechtung der ... von Heirathsgut im Konkurse 167 (32, 10), ... anfechtbarer Zuwendungen 180 (37, 4—8), Person des zur ... Verpflichteten 180 (37, 4), thatsächlicher Umfang der ... 180 (37, 5), 182 (37, 8), Einfluß des bürgerlichen Rechts auf den Umfang der ... 181 (37, 6), rechtlicher Umfang der ... 181 (37, 7), 182 (37, 8), Art der ... 183 (37, 8c), Folgen der ... für den Anfechtungsgegner 185 ff. (38 u. 39), Entstehung eines Bereicherungsanspruches als Masseanspruch 185 f. (38, 1—3), — als Konkursforderung 187 (38, 4), Wiederaufleben der früheren Forderung als Konkursforderung 188 (39, 1), Anfechtung der ... von Heirathsgut außerhalb des Konkursverfahrens 675 (3, 8), ... anfechtbar entzogener Gegenstände bei Anfechtung außerhalb des Konkursverfahrens 685 (7, 3), Umfang der ... dabei 686 (7, 4).
Rücknahme des Eröffnungsantrages durch den Gemeinschuldner 334 (104, 5), — durch den Konkursgläubiger 337 (105, 9).
Rückstände von Pacht- und Miethzinsen 230 ff. (49, 11—15), ... von Liedlohn 265 (61), ... von öffentlichen Abgaben 265 (61), ... von Kur- und Pflegekosten 265 (61).
Rücktritt, Recht zum ... bei Miethverträgen 107 (20, 3).
Rußland, Staatsverträge zwischen ... mit dem Deutschen Reich über die Behandlung deutscher und russischer Konkurse 613 (237, 7).

S.

Sachen, Gegenstand der Aussonderung 197 (43, 1), Faustpfandrecht an körperlichen beweglichen ... 622 (48, 2).
Sachsen, Staatsvertrag des Königreichs ... mit Oesterreich über die Behandlung sächsischer und österreichischer Konkurse 613 (237, 7).
Sachverständige, Einziehung von ... 299 (75), 358 (123).
Schadensansprüche, Schätzungswerth von ... 287 (69, 2).
Schadensersatz wegen Kündigung von Miethverträgen 102 (19), 225 (49), — von Pachtverträgen 102 (19), 225 (49), — von Dienstverhältnissen 110 (22), ... wegen Erlöschen eines Auftrages 112 (23), 126 (27), — eines Geschäftsbesorgungsvertrages 112 (23), 126 (27), ... wegen Abtretung von Forderungen an ausländische Gläubiger 234 (50), 252 (56), ... wegen unterlassener Anzeige des Besitzes von Gegenständen der Masse 355 (119), Ansprüche auf ... gegen den Erben als Nachlaßverbindlichkeiten 589 (226, 7).
Schadensforderung s. Schadensersatz.
Schätzung s. Schätzungswerth.
Schätzungswerth, Ermittelung des ... bei Konkursforderungen unbestimmten Geldbetrages 286 (69), Grund dieser Bestimmung 286 (69, 1), 287 (69, 3), Beispiele für solche Forderungen 287 (69, 2 u. 4), Ermittelungsverfahren 287 (69, 5 u. 6), Bedeutung des ... 287 (69, 7).
Scheingeschäft, Angriff auf die Rechtsgültigkeit eines ... im Verhältniß zur Konkursanfechtung 130 (Vorb. 10 vor 29), — zur Anfechtung außerhalb des Konkursverfahrens 662 (Vorb. 5 vor 1).
Schenkung, Widerrufsrecht als Bestandtheil der Konkursmasse 37 (1, 12), Anfechtung von ... im Konkurse 164 (32), 194 (40, 9), Rückgewähr bei anfechtbaren ... 184 (37, 12—15), ... begründen keine Konkursforderungen 276 (63, 5), ... einer Erbschaft 694 (233, 3), Anfechtung von ... außerhalb des Konkursverfahrens 674 f. (3, 6—9), 684 (7).
Schiedsgericht im Feststellungsverfahren 410 (146, 10).

Digitized by Google

Schiedsspruch, Bedeutung eines ... für die Feststellung einer Konkursforderung 414 (146, 16).
Schiedsverträge, Eingehung von ... durch den Verwalter 376 (133).
Schießgeldforderungen, Vorrecht für ... 268 (61, 5).
Schiffe als Gegenstand der Immobiliarzwangsvollstreckung 218 (47, 3).
Schiffspfandrecht, Verbot der Eintragung einer Vormerkung in Ansehung eines ... während des Konkursverfahrens 80 (14), Erwerb eines ... nach der Konkurseröffnung 86 (15, 10), Vormerkung in Ansehung eines ... vor der Konkurseröffnung 117 (24, 4).
Schiffsregister, Eintragung der Vormerkung in Ansehung eines Schiffspfandrechts ins ... 117 (24, 4).
Schiffsurkunden, Verpfändung durch Uebergabe von ... 652 (14 Ziff. 1).
Schiffszubehör als Gegenstand der Immobiliarzwangsvollstreckung 219 (47, 3).
Schließung der Geschäftsbücher des Gemeinschuldners 357 (122), ... seines Geschäfts 371 (129), 374 (130).
Schlußrechnung des Verwalters 312 (86), Inhalt der ... 447 (162, 2), Einwendungen dagegen 448 (162, 3), ... als Grundlage für die Nachtragsvertheilung 460 (166, 5).
Schlußtermin, Bekanntmachung und Zweck 447 (162, 1), Vorlegung der Schlußrechnung 447 (162, 2), Einwendungen gegen die Schlußrechnung 448 (162, 3), — gegen das Schlußverzeichniß 448 (162, 4 u. 5), Vollzug der Schlußvertheilung 449 (162, 6), Verfahren nach dem ... 450 (163), Wirkung des ... für unbekannte Massegläubiger 465 (172).
Schlußvertheilung, Berücksichtigung eines zur Masse angemeldeten Anspruchs auf abgesonderte Befriedigung in der ... 277 (64, 4), 433 (153, 2), Berücksichtigung von aufschiebend bedingten Forderungen in der ... 435 (154, 3), Freiwerden von Gläubigerantheilen für die ... 438 (156), Verfahren bei der ... 444 ff. (161 ff.), Zeitpunkt der ... 444 (161, 1), Einfluß des Vorhandenseins nicht verwerthbarer Gegenstände zur Zeit der ... 445 (161, 2), Einfluß des Schwebens von Prozessen auf die ... 445 (161, 3), Entscheidung des Gerichts über die Vornahme der ... 446 (161, 4—7), Thätigkeit des Gerichts nach Genehmigung der Vornahme 447 (161, 8), Schlußtermin (s. auch daselbst) 447 ff. (162 u. 163), Vollzug der ... 449 (162, 6), Wirkung der ... 449 (162, 7), Vertheilung der nach Vollzug der ... disponibel werdenden Beträge 457 (166), Hinterlegung der bei Vollzug der ... zurückbehaltenen Beträge 463 (169), — der nicht abgehobenen Beträge 463 (169), Verwendbarkeit der für einen bedingt zur Aufrechnung Berechtigten hinterlegten Beträge für die ... 465 (171), Wirkung des Schlußtermins für Massegläubiger 465 (172), Wirkung der Genehmigung der Vornahme der ... auf einen beabsichtigten Zwangsvergleich 469 (173).
Schlußverzeichniß, Form und Inhalt 423 ff. (151, 1 u. 2), Aufstellung und Bekanntmachung 447 (161, 8), Einwendungen gegen das ... 448 (162, 4), ... als Grundlage der Nachtragsvertheilung 460 (166, 5).
Schreiber, Vorrechtsforderung wegen Lohns 267 (61, 4).
Schreibfehler in der Tabelle 400 (145, 2).
Schriften des Verwalters 316 (88).
Schuld zur Masse, Aufrechnung einer ... gegen eine aus der Masse zu zahlende Dividende 250 (55, 4).
Schulden, Anerkennung oder Aufstellung erdichteter ... 622 (239, 13).
Schuldenbuch, Einfluß der Eintragung der von Körperschaften des öffentlichen Rechts ꝛc. ausgestellten Schuldverschreibungen in ein öffentliches ... auf die Stellung ihrer Inhaber im Konkurse der Körperschaft ꝛc. 265 (Vorb. 5 vor 61), 652 (17).
Schuldenmasse, bei der Konkurseröffnung über die ... anhängige Prozesse 69 (10), 74 (11), 396 (144), 411 f. (146, 11—14), Behandlung der ... im 4. Titel d. 2. Buchs 383 ff. (138—148).
Schuldgrund, Angabe des ... bei der Anmeldung 387 (139, 6), Eintragung in die Tabelle 389 (140, 2), Aenderung des ... 394 (142, 2).
Schuldigwerden übermäßiger Summen durch Aufwand 627 (240, 3), — durch Spiel 627 (240, 4), — durch Wette 627 (240, 4), — durch Differenzhandel 627 (240, 5).
Schuldner, Aufrechnung durch ausländische ... 252 (56), Zwangsvollstreckung über das inländische Vermögen eines ausländischen Gemeinschuldners 611 (237, 2), Nationalität dieses Gemeinschuldners 612 (237, 3), seine Vertretungsmacht in Prozessen gegen ihn 612 (237, 3), Voraussetzungen für die gegen ihn im Inland geltend zu machende Forderung 612 (237, 5), Konkurs über das Vermögen eines ... der im Deutschen Reiche keinen allgemeinen Gerichtsstand, aber eine gewerbliche Niederlassung hat 614 (238), 615 (238, 4), — oder ein Gut hat 614 (238), 615 (238, 5), Nationalität dieses ... 614 (238, 1), Bestrafung eines ... wegen betrüglichen Bankerutts 617 (239), — wegen einfachen Bankerutts 625 (240), — wegen Gläubigerbegünstigung 631 (241).
Schuldnerverzeichniß bei Antrag des Gemeinschuldners auf Konkurseröffnung 333 (104, 3).
Schuldtitel, Anfechtung eines vollstreckbaren ... im Konkurs 172 (35), vollstreckbarer ... bei Verfolgung streitiger Forderungen 413 ff. (146, 15—22), — bei Vertheilungen 429 (152), — als Voraussetzung des An-

Digitized by Google

fechtungsanspruchs bei der Anfechtung außerhalb des Konkursverfahrens 667 (2), Anfechtung eines vollstreckbaren ... außerhalb des Konkursverfahrens 684 (6), Anfechtung außerhalb des Konkursverfahrens auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren ... 691 (10).

Schuldurkunde, Beifügung der ... zur Anmeldung 385 (139), Vermerk der Feststellung auf den 399 (145).

Schuldverschreibungen, Vorrechte der Inhaber von .. unter gewissen Voraussetzungen 265 (Vorb. 5 vor 61), 652 (17).

Schulen, Vorrecht öffentlicher ... 265 (61 Ziff. 3), Begriff und Umfang des Vorrechts 270 (61, 15).

Schutzgebiete, Behandlung des Immobiliarabsonderungsrechts in den ... 220 (47, 7), Charakter der deutschen ... als Ausland 612 (237, 4), 614 (238, 1).

Schweizer Kantone, Staatsvertrag einiger ... mit Württemberg über die Behandlung württembergischer und schweizer Konkurse 613 (237, 7).

Seeversicherung, Einfluß der Konkurseröffnung auf eine ... 119 (25, 4).

Sekretäre, Vorrechtsforderungen wegen ihres Gehalts 267 (61, 4).

Selbstbefriedigung von Absonderungsberechtigten 54 (4, 2), 363 (126, 3), 365 (126, 6).

Selbstverwaltung der Betheiligten im Konkurse 289 (Vorb. 1 zum 2. Buch).

Sendungen, Beschlagnahme der ... an den Gemeinschuldner 356 (121).

Separatisten des gemeinen Rechts ex iure dominii 196 (Vorb. vor 43), — ex iure crediti 217 (Vorb. vor 47).

Sequestration eines Grundstücks des Gemeinschuldners 338 (106, 3), ... eines Geschäftsbetriebes des Gemeinschuldners 338 (106, 3).

Sicherheitsleistung, Pfand und Absonderungsrecht an der ... 228 (49, 9), ... und Hinterlegung 229 (49, 10), ... bei auflösend bedingten Konkursforderungen 246 (54, 3), 461 (163), ... bei auflösend bedingten Forderungen der Masse 246 (54, 3), ... bei aufschiebend bedingten Konkursforderungen 246 (54, 4a), ... bei aufschiebend bedingten Forderungen der Masse (247, 54, 4b), ... durch den Verwalter auf Anordnung des Gerichts 304 (78, 5), Rückgabe der Sicherheit an den Verwalter 304 (78, 6), kein Recht des Gemeinschuldners auf Beseitigung einstweiliger Anordnungen des Gerichts durch ... 338 (106, 3), Bedeutung der ... bei aufschiebend bedingten Forderungen nach früherem Recht 436 (154, 3), Folge mangelnder ... bei auflösend bedingten Forderungen 461 (168), Befriedigung aus einer für Erfüllung des Zwangsvergleichs gestellten Sicherheit 509 (200), s. auch Sicherheitsmaßregeln, Sicherstellung, Sicherung, Sicherungsmaßregeln.

Sicherheitsmaßregeln gegen den Gemeinschuldner bei drohender Verurtheilung wegen betrüglichen Bankerutts 507 (197, 2),

Sicherstellung, Forderungen auf ... 77 (12), ... der Rückgewähr des Heirathsguts bei Konkursanfechtung 167 (32, 10), ... bei aufschiebend bedingten Konkursforderungen zwecks Aufrechnung 246 (54, 4a), Verpflichtung des auflösend bedingt berechtigten Gläubigers zur ... 281 (66, 1 u 2), Erzwingung dieser ... im Prozeßwege 281 (66, 2), Unzulässigkeit der Geltendmachung eines Rechts auf ... im Konkursverfahren für sich allein 282 (67, 3), Anspruch eines aufschiebend bedingt berechtigten Konkursgläubigers auf ... 282 (67, 9 u. 10), Zurückfließen von zur ... eines bedingt zur Aufrechnung befugten Gläubigers hinterlegten Beträgen 465 (171), Erwähnung der ... der Gläubiger im Zwangsvergleichsvorschlag 472 (174, 3), ... bestrittener Masseansprüche 494 (191), ... von Gläubigern bei Einstellung des Verfahrens 513 (202), ... der Rückgewähr des Heirathsguts bei Anfechtung außerhalb des Konkursverfahrens 675 (3, 8), s. auch Sicherheitsleistung, Sicherheitsmaßregeln, Sicherung, Sicherungsmaßregeln.

Sicherung, Anfechtung einer ... 154 ff. (30, 27—37), 178 (36, 10), Zeit der ... 154, (30, 28), Anspruch auf ... 154 (30, 29), ... für Wechselforderungen 154 (30, 29), .. durch Pfändung 155 f. (30, 30—36), Vollzug der Pfändung vor Beginn der zehntägigen Frist 155 (30, 31), — innerhalb der zehntägigen Frist 155 f. (30, 32—35), Befriedigung durch Betreibung auf Grund der Pfändung 156 (30, 34), — durch eine zur Vermeidung der Pfändung erfolgte Zahlung 156 (30, 35), Vollzug der Pfändung nach Ablauf der zehntägigen Frist 156 (30, 36), ... durch Kautionsbestellung 156 (30, 37), ... aufschiebend bedingter Konkursforderungen 281 (67), Natur dieser ... 284 (67, 10), ... der Masse durch das Gericht 337 (106), — durch Siegelung 357 (122), ... der Masseansprüche 422 (149, 3), 428 (151, 13), ... der Aussonderungsansprüche 422 (149, 3), 428 (151, 13), ... der Ansprüche auf abgesonderte Befriedigung 422 (149, 3), 428 (151, 13), ... noch nicht fälliger Leistungen aus dem Zwangsvergleich 504 (194, 5), Gewährung einer ... an einen Gläubiger als strafbare Gläubigerbegünstigung 633 (241, 8), s. auch Sicherheitsleistung, Sicherheitsmaßregeln, Sicherstellung, Sicherungsmaßregeln.

Sicherungsanspruch des Wechselgläubigers 154 (30, 29), 633 (241, 9), ... des Bürgen 633 (241, 9).

Sicherungsmaßregeln, Verhaftung des Gemeinschuldners 328 (101, 2 u. 3), ... gegen den vor der Konkurseröffnung 338 f. (106, 1—6), Aufhebung dieser ... 340 (106, 7), s. auch Sicherheitsleistung, Sicherheitsmaßregeln, Sicherstellung, Sicherung.

Digitized by Google

Sicherungsmittel für die Konkursgläubiger 239 (Vorb 1 vor 53).
Siegelung als einstweilige Anordnung des Konkursgerichts 338 (106, 3), Umfang 357 (122, 1), siegelungsberechtigte Personen 358 (122, 2), Verfahren 358 (122, 2).
Simulation s. Scheingeschäft.
Singularsuccession, Einfluß auf die Konkursanfechtung 189 (40), — auf die Aufrechnung 248 (55), — auf die Anfechtung außerhalb des Konkursverfahrens 693 (11).
Sofortige Beschwerde gegen alle Entscheidgen des Konkursgerichts 294 (73), gegen die Bestätigung oder Verwerfung des Zwangsvergleiches 492 (189).
Solidarische Verpflichtungen, Geltendmachung im Konkurse der Verpflichteten 284 (68), Wirkung des Zwangsvergleiches auf ... 501 (193, 11), Solidarhaftung bei eingetragenen Genossenschaften 537 (122), 541 (127), 543 (141).
Sondermassen in und außerhalb des Konkursverfahrens 254 (57, 1 u. 2).
Sonderprozeß zur Feststellung streitiger Forderungen 404 (146).
Sorgfalt des Verwalters 307 (82), ... der Gläubigerausschußmitglieder 316 (89).
Spediteur, Pfand- und Absonderungsrecht des ... 233 (49, 19).
Sperrvermerk, Eintragung des ... ins Grundbuch 348 (113), Löschung des ... 349 (114), 350 (116), Gebührenfreiheit für Eintragung und Löschung 350 (115).
Spiel, Verbrauch übermäßiger Summen seitens des Gemeinschuldners durch ... 625 (240 Ziff. 1), Begriff des ... 627 (240, 4).
Spielkartenstempel, Absonderungsrecht wegen Spielkartenstempelsteuer 227 (49, 5).
Staatsanwaltschaft, Mittheilung der Konkurseröffnung an die ... in Preußen 704 (12).
Staatskasse, Absonderungsrecht der ... 225 (49 Ziff. 1), Vorrecht der ... wegen ihrer Forderung auf öffentliche Abgaben 265 (61 Ziff. 2).
Staatsverträge über die Behandlung aus- und inländischer Konkurse 611 (237, 1), 613 (237, 7).
Stammgeldforderungen, Vorrecht wegen ... 268 (61, 5).
Stammgüter, Aufrechterhaltung der Landesgesetze hinsichtlich der ... 641 (5).
Stammgutsgläubiger, Absonderungsrecht der ... 238 (52).
Statutenkollision zwischen Konkursrecht und anderen materiellen Rechten 22 (Vorb. 5 zum 1. Buch).
Steinbruchgeschäft, über die Kaufmannseigenschaft des Inhabers eines ... 622 (239, 14).
Stellvertretung s. Vertretung.
Stempelabgaben, Vorrechtsforderung wegen ... 269 (61, 8).
Steuererheber, Vorrecht für Vorschüsse der ... 270 (61, 12).
Steuergüter, abgesonderte Befriedigung aus beschlagnahmten ... 227 (49, 5).
Steuern, persönliche ... des Gemeinschuldners 258 (58, 4), Gewerbesteuer des Gemeinschuldners 258 (58, 4), Vorrecht der preußischen Erbschaftssteuer im Konkurse des Erben 269 (61, 9), Fälligkeit der Maischsteuer 269 (61, 11), — der Rübenzuckersteuer 269 (61, 11), — der Tabakssteuer 269 (61, 11), s. auch direkte und indirekte Steuern.
Stiefkinder des Gemeinschuldners, kein Vorrecht für ... 272 (61, 21).
Stiftungen Einfluß der Konkurseröffnung auf ... 119 (25, 4), Wirkung der Konkursaufhebung nach vorangegangenem Zwangsvergleich 497 (192, 2), Konkurs von ... 552 (213, 1).
Stille Gesellschaft, Auseinandersetzung des stillen Gesellschafters mit dem Geschäftsinhaber 90 (16, 3), der stille Gesellschafter als Konkursgläubiger 90 (16, 3), Einwirkung der Konkurseröffnung auf die ... 118 (25, 4).
Stiller Gesellschafter s. stille Gesellschaft.
Stillschweigender Verzicht auf das Absonderungsrecht 278 (64, 6).
Stimmberechtigung s. Stimmrecht.
Stimmenkauf, Subjekt der Strafthat 636 (243, 1). Inhalt der Strafthat 636 (243, 2), besonderer Vortheil des erkauften Gläubigers 636 (243, 3), ... erstreckt sich auf jede Abstimmung 636 (243, 4), Theilnahme an der Strafthat des ... 637 (243, 5).
Stimmenmehrheit beim Gläubigerausschuß 317 (90), ... in der Gläubigerversammlung 325 (97), ... beim Zwangsvergleich 481 (182).
Stimmrecht in der Gläubigerversammlung 322 (95), ... auf Grund von Konkursforderungen 323 (95, 2), — von streitigen Forderungen 323 (95, 3), — von nichtgeprüften Forderungen 323 (95, 4), — von absonderungsberechtigten Forderungen 324 (96), — von bedingten Forderungen 324 (96), ... beim Zwangsvergleich 481 (182, 1), ... der Gläubiger einer offenen Handelsgesellschaft im Konkurse eines Gesellschafters 550 (212, 3), — einer Kommanditgesellschaft im Konkurse eines persönlich haftenden Gesellschafters 550 (212, 3), — einer Kommanditgesellschaft auf Aktien ebenda 550 (212, 3), Bestrafung des Stimmenkaufs 636 (243).
Stolgebühren, kein Vorrecht wegen ... 270 (61, 14).
Strafbestimmungen, Behandlung im 3. Buch der K.O. 616 ff. (239—244), historische Einleitung 616 (Vorb. vor 239), ... beim betrüglichen Bankerutt 617 (239), ... beim einfachen Bankerutt 625 (240), ... bei der Gläubigerbegünstigung 631 (241), ... beim Konkursbetrug 634 (242), ... bei Stimmenkauf 636 (243), ... für Vorstandsmitglieder und Liquidatoren einer Handelsgesellschaft 637 (244), — einer eingetragenen Genossenschaft 637 (244).

Digitized by Google

Strafsachen, Kosten in ... 53 (3, 14).
Strafurtheil, Bedeutung eines ... für die Feststellung einer Konkursforderung 416 (146, 21).
Streitgegenstand, Werth des ... der Feststellungsprozesse 420 (148).
Streitige Gerichtsbarkeit, Verhältniß des Konkursverfahrens zur ... 12 (Einl. 4).
Streitige Konkursforderungen, Feststellung von ... 404 (146, 1), Feststellung des Streitwerths 420 (148), ... mit Titel 430 (152, 4), .. ohne Titel 430 (152, 5), Zurückbehaltung von Antheilen 461 (168).
Studienstipendien, Heranziehung von ... zur Konkursmasse 427 (151, 9).
Stunde der Konkurseröffnung 342 (108, 3).
Stundungsverfahren, Aufhebung der landesgesetzlichen Vorschriften über ... 641 (4).
Subhastation s. Zwangsversteigerung.
Subjekt des Bankerutts 620 (239, 8), 626 (240, 1), ... der Gläubigerbegünstigung 631 (241, 2), ... des Konkursbetruges 634 (242, 1), ... des Stimmenkaufs 636 (243).
Summenmehrheit beim Zwangsvergleich, Berechnung der ... 481 (182, 2), Berücksichtigung der Forderungen des Ehegatten des Gemeinschuldners bei der ... 484 f. (183, 1 3), — der Zessionare des Ehegatten 485 f. (183, 4 u. 5).
Suspensivbedingung s. aufschiebende Bedingung.
Synagogengemeinden, Vorrecht der ... 270 (61, 16).
Syndiken, französische ... 3 (Einl. 1).

T.

Tabaksteuern, Fälligkeit der ... 269 (61, 11).
Tabelle, Ertheilung einer Abschrift an den Verwalter 389 (140, 1), Eintragung der Anmeldungen in die ... 389 (140, 2), Niederlegung der ... auf der Gerichtsschreiberei 389 (140 3), Anlegung und Einrichtung der ... 390 (140, 4), Eintragung des Ergebnisses der Erörterung im Prüfungstermin 399 (145, 1), Berichtigung dieser Eintragung wegen offenbarer Unrichtigkeiten 400 (145, 2), Bedeutung der Eintragung der Feststellung einer Forderung in die ... 401 (145, 5), Ertheilung eines Auszuges aus der ... 406 (146, 3), Berichtigung der ... nach Erledigung des Feststellungsstreits 416 (146, 22), Zwangsvollstreckung aus der Eintragung in die ... 453 (164), 502 (194, 2), Voraussetzung für die Eintragung des Bestreitens des Gemeinschuldners, wenn dieser den Prüfungstermin versäumt hat 456 (165), ... im Nachlaßkonkurs 592 (226, 16).
Tag der Zahlungseinstellung 144 ff. (30, 3—9), ... der Konkurseröffnung 341 (108), ... bei Wiederaufnahme des Verfahrens 508 (198).
Tagelöhner, Vorrechtsforderung wegen Lohns 267 (61, 4).
Tatort beim Bankerutt 619 (239, 6).
Taxe, Bedeutung bei dem Vorrecht der Aerzte usw. 271 (61, 19).
Taxmäßige Gebührnisse s. Taxe.
Techniker, Vorrechtsforderung wegen Lohns 267 (61, 4).
Teilforderungen, Stimmrecht der Inhaber von ... im Vergleichstermin 482 (182, 6).
Teilnahme am Bankerutt 621 (239, 10), ... an der Gläubigerbegünstigung 634 (241, 11), ... am Konkursbetrug 635 (242, 4), ... am Stimmenkauf 637 (243, 5).
Teilung von Gemeinschaftsgenossen 89 (16), Absonderungsrecht der Gemeinschaftler 236 (51).
Teilungsmasse, Behandlung im 3. Titel des 2. Buches 351 (Vorb. 3 vor 117).
Telegramme, Sperre über ... für den Gemeinschuldner 356 (121).
Termin, Anwendbarkeit der Bestimmungen der C.P.O. über ... 294 (72, 2), Verlegung und Vertagung von ... 321 (93, 6), ... zur Wahl eines Verwalters 345 (110), ... zur Bestellung eines Gläubigerausschusses 345 (110), Prüfungstermin 345 (110), 390 ff. (141—144), 422 (149), 456 (165), 470 (173, 2), 478 (180), Anmeldefrist für die Konkursforderungen 346 (110, 2), Bekanntmachung der ... 346 (111, 1), Schlußtermin 447 (162, 1), Vergleichstermin 476 (179).
Testamentsvollstrecker, Antragsrecht des ... auf Nachlaßkonkurseröffnung 559 (Vorb. 6 vor 214), 571 (217, 4), Antragspflicht des ... 573 (217, 9), Verbindlichkeiten aus einem von einem ... vorgenommenen Rechtsgeschäft 584 (224, 6), — aus der Geschäftsführung eines ... 585 (224, 7), ... beim Zwangsvergleich im Nachlaßkonkurs 597 (230, 2).
Tierärzte, Vorrechtsforderung wegen Kurkosten 271 (61, 19).
Tierhalter, Charakter der Ansprüche aus dem Halten eines Thieres durch den Konkursverwalter 259 (59, 2).
Titel im Feststellungsstreit 413 (146, 15 u. 16), 416 (146, 21).
Titulierte Forderungen, ihre Behandlung im Feststellungsverfahren 413 ff. (146, 15 bis 21), 430 (152, 4).
Tod des Gemeinschuldners während des Konkursverfahrens 563 (Vorb. 16 vor 214), Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten in diesem Falle 564 (Vorb. 17 vor 214), über den Eintritt von Konfusion und Konsolidation in diesem Falle 565 (Vorb. 18 vor 214), über die Anwendung der Vorschriften über den Nachlaßkonkurs in diesem Falle 565 (Vorb. 19 vor 214).
Todesfall, Schätzungswerth einer Konkursforderung, deren Wirksamkeit vom Eintritt eines ... abhängt 287 (69, 2).
Transport von Waaren 205 (44, 4).
Treuhänder beim Vermögen eines nicht rechtsfähigen Vereins 553 (213, 3).

Digitized by Google

Trödler, Eigenschaft als Minderkaufmann 624 (239, 19).

U.

Übergabe, Wirkung der ... des Miethgegenstandes auf das Konkursverfahren 102 ff. (19—21), desgl. des Pachtgegenstandes 102 ff. (19—21).

Übergangsbestimmungen, reichsgesetzliche ... betreffend das Konkursverfahren 642 ff. (8—13), 655 f. (V u. VI), — betreffend die Anfechtung außerhalb des Konkursverfahrens 657 f. (VII u. VIII), 701 (14), preußische ... 706 ff. (17—50).

Überlegungsfrist Einfluß der ... des A.L.R. auf die Konkurseröffnung über den Nachlaß 568 (216, 2).

Übermaß im Verbrauch von Summen durch Aufwand, Spiel, Wette oder Differenzhandel 627 (240, 2).

Übernahme fremder Verbindlichkeiten für die Masse 379 (134).

Überschuldung als Grund der Konkurseröffnung bei Aktiengesellschaften 519 (207, 1), — bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung 522 (63, 1), — bei eingetragenen Genossenschaften 526 (98, 1), 543 (140), — bei Kommanditgesellschaften auf Aktien 546 (209, 5), — beim Nachlaßkonkurs 567 (215, 1), Aktivmasse des Nachlasses bei der Konkurseröffnung 567 (215, 2), Passivmasse des Nachlasses dabei 567 (215, 3).

Übersicht der Vermögensmasse des Gemeinschuldners 332 (104), ... über die Theilungsmasse 359 (124, 1), ... über die Gläubiger 359 (124, 1).

Überwachung des Verwalters durch den Gläubigerausschuß 316 (88).

Überweisung, preußische Uebergangsbestimmungen für die durch ... erworbenen Pfand- oder Vorzugsrechte 707 (24).

Umfang der Immobiliarmasse 218 (47, 3).

Unanfechtbarkeit von Entscheidungen des Konkursgerichts s. Anfechtung.

Unbestimmte Forderungen, Schätzung von ... 286 (69).

Unbewegliches Vermögen, Absonderungsrechte hinsichtlich des ... 218 (47), Rangordnung der Immobiliarabsonderungsansprüche 218 (47, 1), 219 (47, 4), Gegenstände, die der Zwangsvollstreckung ins ... unterliegen 218 (47, 3), Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung von ... 219 (47, 4), 362 (126), Veräußerung von ... aus freier Hand 379 (134, 1) Erwerb von Grundstücken für die Masse 380 (134, 4), Einfluß des ... für das Verhältniß Preußens zu Oesterreich 613 (237, 7), Uebergangsbestimmungen für den Appellationsgerichtsbezirk Köln 705 (16).

Uneheliches Kind, kein Vorrecht der Mutter gegenüber 272 (61, 21), Unterhaltsansprüche im Nachlaßkonkurs 588 (226, 3).

Unentgeltliche Verfügungen, Anfechtung von ... 164 (32), Begriff der ... 164 (32 2 u. 3), ... zwischen Ehegatten 166 (32, 6), Versprechen der Leistung an einen Dritten als ... 167 (32, 9), Wirkung der Anfechtung für den unredlichen Geschenknehmer 184 (37, 12), — für den redlichen Geschenknehmer 184 f. (37, 13—15), ... begründen keine Konkursforderung 276 (63, 5), Anfechtung von ... im Nachlaßkonkurs 581 (222, 6), Anfechtung von ... außerhalb des Konkursverfahrens 674 (3, 6).

Unerhobene Konkursdividende, Hinterlegung der ... durch den Verwalter 463 (169).

Unfallversicherungsunternehmungen, Vorrechte der Versicherten im Konkurse von ... 265 (Vorb. 4 vor 61), 425 (151, 4), Gleichstellung der Versicherten im Konkurse von ... mit den Absonderungsberechtigten 434 (153, 7), 462 (168, 2), s. auch Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit.

Ungarn, ungarisches Konkursrecht 4 (Einl. 1), Staatsvertrag des Deutschen Reichs mit ... betreffend die Behandlung deutscher und ungarischer Konkurse 614 (237, 7).

Ungerechtfertigte Bereicherung s. Bereicherungsklage.

Ungewißheit des Geldbetrages bei Konkursforderungen 286 (69).

Universalsuccession, Einfluß der ... auf die Konkursanfechtung 190 (40, 1—3), Einfluß auf die Aufrechnung 251 (55, 10), — auf die Anfechtung außerhalb des Konkursverfahrens 693 (11).

Unlauterkeit des Zustandebringens des Zwangsvergleiches 491 (188, 4).

Unpfändbarkeit von Nachlaßgegenständen 560 (Vorb. 9 vor 214).

Unredliches Verhalten des Gemeinschuldners, Berücksichtigung im Zwangsvergleichsverfahren 489 (187, 1), Begriff der Unredlichkeit 489 (187, 2).

Unrichtigkeiten in der Tabelle 400 (145, 2).

Unterbrechung von Rechtsstreitigkeiten durch die Konkurseröffnung 69 (10, 1), 75 (11, 1), ... der Zwangsvollstreckung 80 (14), 362 (126), ... der Verjährung 88 (15, 18), Beendigung der durch den Konkurs begründeten Unterbrechungen 451 (163, 4).

Unterhalt für den Gemeinschuldner und dessen Familie als Massekosten 258 (58, 5), Rangordnung des ... unter den Massekosten 263 (60, 4), Gewährung von nothdürftigem ... an den Gemeinschuldner durch den Verwalter 371 (129, 1—4), endgültige Gewährung von ... durch die Gläubigerversammlung 375 (132, 1).

Unterhaltsansprüche, Zwangsvollstreckungsrechte für ... 35 (1, 10), ... als Konkursforderung 51 (3, 11), — nach altem Recht 51 (3, 12), auf letztwilligen Verfügungen beruhende ... 53 (3, 13), auf Verträgen beruhende ... 53 (3, 13), auf Handlungen beruhende ... 53 (3, 13), Schätzungswerth von künftigen ... für ein uneheliches Kind 287 (69, 2), Heranziehung der ... von Verwandten und Ehegatten zur Masse 427 (151, 9).

Digitized by Google

Unterlassung, Anfechtbarkeit einer ... des Gemeinschuldners 132 (29, 1), ... der Handelsbuchführung durch den Gemeinschuldner 622 ff. (239, 14—20), 629 (240, 11).
Unternehmer, Pfand- und Absonderungsrecht der ... 233 (49, 17).
Unterjagungsrecht des Gerichts gegenüber der Gläubigerversammlung 325 (91).
Unterstützungen des Gemeinschuldners und seiner Familie 258 (58, 5).
Untersuchungskosten in Strafsachen als Konkursforderung 53 (3, 14).
Unverwerthbare Gegenstände, ihre Behandlung im Vertheilungsverfahren 445 (161, 2), Beschlußfassung über sie in der Schlußvertheilung 445 (161, 2).
Unverzinsliche Konkursforderungen, Feststellung des Werthes einer betagten ... mit bestimmtem Fälligkeitstermin 280 (65, 3 u. 4), — mit unbestimmtem Fälligkeitstermin 280 (65, 5).
Unwirksamkeit von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners nach der Konkurseröffnung 61 (7, 2), 62 (7, 3 u. 4), Heilung der ... durch Genehmigung 64 (7, 8), Wirkung der ... 65 (7, 10 u. 11), ... solcher Rechtshandlungen gegenüber Dritten 66 (7, 12), ... von Leistungen Dritter an den Gemeinschuldner 67 (8, 1), Beschränkung dieser ... 67 (8, 2), .. anfechtbarer Rechtshandlungen 136 (29, 11).
Unzulänglichkeit der Masse, Rechtslage der Massegläubiger bis zu der Zeit, in der sich die ... herausstellt 262 (60, 1), Feststellung des Zeitpunktes der ... 262 (60, 2), Betheiligte in dem Verfahren betreffend die Befriedigung der Masseansprüche nach Eintritt der ... 262 (60, 3), Rangordnung der Masseansprüche nach Eintritt der ... 263 (60, 4), Vertheilungsverfahren bei ... 263 (60, 5), Erlangung eines der Rangordnung widersprechenden Vorrechts durch einen Massegläubiger nach Eintritt der .. 263 (60, 6), ... bei beantragter Konkurseröffnung 340 (107), ... nach geschehener Konkurseröffnung 516 (204).
Unzulässigkeit einer Aufrechnung 249 (55), eines Zwangsvergleichs 473 (175), 487 (186).
Urheberrecht als Bestandtheil der Konkursmasse 38 (1, 13).
Urkunden, Aussonderung von ... 200 (43, 5), ... über Ernennung des Verwalters 306 (81), Beifügung von ... über Forderungen zur Anmeldung 385 (139), Vermerk der Feststellung auf .. 400 (145, 3).
Urkundenprozeß im Feststellungsprozeß bei Erhebung der Klage 408 (146, 6), — bei Aufnahme eines schwebenden Rechtsstreits 411 (146, 12), — bei Vorhandensein eines Titels 415 (146, 19).
Urkundsperson bei Inventuren 359 (123, 3 u. 4).
Urtheil, Urtheilswirkung bei Tabelleneintragung 399 (145), Feststellung einer Forderung durch ... 417 (147), Urtheilswirkung des Zwangsvergleichs 502 (194), Anspruch auf eine Hypothek auf Grund eines ... 504 (194, 5).

V.

Vater, Verwaltungs- und Nießbrauchsrecht des ... als Gemeinschuldners im Nachlaßkonkurs 557 (Vorb. 2 vor 214), s. auch Kinder.
Verantwortlichkeit des Verwalters 307 (82), der Gläubigerausschußmitglieder 316 (89).
Veräußerung, freiwillige ... eines vermietheten Grundstücks 109 (21, 6), — eines verpachteten Grundstücks 109 (21, 6), ... von nicht in die Konkursmasse gehörigen Gegenständen durch den Verwalter 215 (46, 5 7), Ersatzaussonderungsanspruch des Berechtigten gegen die Masse aus der ... 216 (46, 8—10), Ansprüche des Berechtigten aus der ... gegen Dritte 216 (46, 11), weitere Ansprüche des Berechtigten gegen die Masse 216 (46, 12), ... von Geschäftsbüchern des Gemeinschuldners 353 (117, 3), ... der Massegegenstände durch den Verwalter 353 (117, 4), 362 (126), 366 (127), 375 (133), 379 (134), Unzulässigkeit der ... von Nachlaßgegenständen mit Rücksicht auf eine Nacherbfolge 369 (128), ... von Forderungen durch den Verwalter 376 (133), ... eines unbeweglichen Gegenstandes aus freier Hand 379 (134, 1), ... des Geschäfts des Gemeinschuldners 379 (134, 2), ... des Waarenlagers im Ganzen 379 (134, 2), ... des Rechts auf Einkünfte 380 (134, 3), ... eines mit einem Recht auf abgesonderte Befriedigung belasteten Gegenstandes 434 (153, 5), ... von auf Kredit entnommenen Waaren oder Werthpapieren 627 f. (240, 6—9).
Veräußerungsverbot, Unwirksamkeit eines gegen den Gemeinschuldner bestehenden ... 79 (13, 1), Wesen des allgemeinen ... 338 (106, 4), Erlaß des allgemeinen ... 339 (106, 5), Wirksamkeit des allgemeinen ... gegen Dritte 339 (106, 6), Eintragung des allgemeinen ... ins Grundbuch 348 (113).
Verbände, Absonderungsrecht öffentlicher ... 225 (49), Vorrecht der öffentlichen ... 265 (61 Ziff. 3), Begriff der öffentlichen ... 270 (61, 16).
Verbindung, Erwerb durch ... an einen Gegenstand der Konkursmasse nach der Konkurseröffnung 86 (15, 11), ... des allgemeinen Prüfungstermins mit dem Termin zur Beschlußfassung über die Wahl eines Verwalters 345 (110), ... des allgemeinen Prüfungstermins mit dem Vergleichstermin 478 (180).
Verbindung als Grundlage des Absonderungsrechts 222 (48, 2).
Verbot s. offener Arrest, Veräußerungsverbot.

Digitized by Google

Verbrauch übermäßiger Summen durch Aufwand 627 (240, 2), — durch Spiel 627 (280, 2), — durch Wette 627 (240, 2), — durch Differenzhandel 227 (240, 2), der Begriff des Aufwands 627 (240, 3), der Begriff des Spiels 627 (240, 4), der Begriff der Wette 627 (240, 4), der Begriff des Differenzhandels 627 (240, 5).
Verbrechen, Konkursverbrechen 617 (239), 625 (240), 634 (242).
Vereine, Einfluß der Konkurseröffnung auf ... 119 (25, 4), Wirkung der Konkursaufhebung nach vorangegangenem Zwangsvergleich auf ... 497 (192, 2), Konkurs von rechtsfähigen ... 552 (213, 1 u. 2), Vorschriften darüber 552 (213, 2), Konkurs von nicht rechtsfähigen ... 553 (213, 3—7), Gemeinschuldner im Konkurs eines nicht rechtsfähigen ... 553 ff. (213, 4), Charakter dieses Konkurses 555 (213, 5), Konkurs über einen aufgelösten nicht rechtsfähigen ... 555 (213, 6), Antragsberechtigung zur Konkurseröffnung über einen nicht rechtsfähigen ... 555 (213, 7), bayrische ... 641 (6).
Vereinszollgesetz, Absonderungsrecht auf Grund des ... 227 (49, 5).
Verfahren, Behandlung des Konkursverfahrens im 2. Buch 289 ff. (71—238).
Verfolgungsklage s. Verfolgungsrecht.
Verfolgungsrecht des Verkäufers 203 (44), ... des Einkaufskommissionärs 203 (44), Beschränkung des ... auf Geschäfte über Waaren 205 (44, 3), fernere Beschränkung des ... auf Versendungsgeschäfte 205 (44 4), die Voraussetzungen für die Ausübung des ... 205 ff. (44, 5—8), Preiszahlung 205 (44, 5), Ort der Ablieferung 206 (44, 6), Gewahrsam des Gemeinschuldners 206 (44, 7), — eines Dritten 207 (44, 8), Wirkung des ... 207 (44, 9), Geltendmachung des . . gegen Dritte 207 (44, 10), juristische Natur des ... 207 (44, 10), Anspruch des Absenders neben dem ... 209 (44, 11), prozessuale Geltendmachung des ... 209 (44, 12), Erfüllungsrecht des Verwalters 209 (44, 13).
Verfrachter, Pfändungs- und Absonderungsrecht des ... 233 (49, 19).
Verfügungsrecht, Entziehung des ... des Gemeinschuldners 57 (6), Wiederherstellung des ... des Gemeinschuldners 496 (192), 518 (206).
Vergeltungsrecht gegen ausländische Gläubiger 56 (5, 3).
Vergleiche des Verwalters 376 (133), ... außerhalb des Konkurses, Inhalt eines solchen ... 480 (181, 7), s. auch Präventivakkord, Zwangsvergleich.
Vergleichsbürge, Wirkung des rechtskräftigen Zwangsvergleichs auf den ... 503 (194, 5).
Vergleichstermin, Zurückziehung eines Vergleichsvorschlags nach der Bekanntmachung des ... 475 (176), Anberaumungsfrist für einen ... 476 (179), Zweck des ... 476 (179, 1), Betheiligte am ... 477 (179, 2), Bekanntmachung des ... 477 (179, 3), Ladung zum ... 477 (179, 3), Verhandlung im ... 477 (179, 4), Verbindung des ... mit dem allgemeinen Prüfungstermin 478 (180), Abstimmungsverfahren 481 (182), Vertretung der Gläubiger im ... 482 (182, 5), Anberaumung eines neuen ... 483 (182, 8 10), Verfahren im neuen ... 483 (182, 9), Bekanntmachung des neuen ... 484 (182, 10), Anhörung des Verwalters durch das Konkursgericht im ... 486 (184), Anhörung der Gläubiger 486 (184), Anhörung des Gläubigerausschusses 486 (184).
Vergleichsvorschlag, ... bei der Konkurseröffnung 345 (110), ... bei beabsichtigter Schließung des Geschäfts des Gemeinschuldners 374 (130), ... vor Schluß des allgemeinen Prüfungstermins 376 (133), ... während des Vertheilungsverfahrens 443 (160), wesentlicher Inhalt des ... 471 f. (174, 1—3), Zurücknahme des ... 473 (174, 4), Einfluß des Todes des Gemeinschuldners 473 (174, 5), Vorprüfung des ... 475 (176), Niederlegung des ... auf der Gerichtsschreiberei 476 (178), Mittheilung des ... an die Gläubiger 476 (179), ... im Konkurse einer Aktiengesellschaft 522 (208, 4), — einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung 522 (63, 1), — einer eingetragenen Genossenschaft 536 (116), — einer offenen Handelsgesellschaft 548 (211), — einer Kommanditgesellschaft 548 (211), — einer Kommanditgesellschaft auf Aktien 548 (211), — eines nicht rechtsfähigen Vereins 554 (213, 4), ... im Nachlaßkonkurs 596 (230).
Vergütung des Verwalters 311 (85), ... des Gläubigerausschusses 317 (91).
Verhaftung s. Haft.
Verhandlungen im Konkursverfahren, Form der ... 296 (71, 2).
Verheimlichung von Vermögensstücken 622 (239, 12), 635 (242, 5), ... von Handelsbüchern 625 (239, 21), 629 (240, 12).
Verjährte Forderungen, Aufrechnung im Konkurs mit ... 244 (53, 6).
Verjährung, Unterbrechung der ... durch Konkurseröffnung 88 (15, 18), ... des Anfechtungsanspruchs 194 (41, 1), ... der Klage der Gläubiger gegen die einzelnen Genossen einer Genossenschaft mit unbeschränkter Haftpflicht 539 (123), ... der Strafthat des Bankerutts 620 (239, 7), Unterbrechung der ... zu Gunsten eines zur Zeit der Konkurseröffnung ausgeschiedenen Genossenschafters 640 (3, 5), ... des Anfechtungsrechts außerhalb des Konkursverfahrens 696 (12, 7).
Verkauf s. Veräußerung.
Verkäufer, Verfolgungs- und Aussonderungsrecht 204 (44).
Verkaufskommission, Aussonderung bei ... 200 (43, 5).
Verkündung von Terminen 293 (72, 1 u. 2), 484 (182, 10), ... von Entscheidungen

Digitized by Google

296 (73, 3), 342 (108, 3), 449 (162, 5), 487 (185).
Verlegung von Terminen 321 (13, 6).
Vermächtnisse, Zugehörigkeit der ... zur Masse 41 (1, 20), Annahme oder Ausschlagung von ... durch den Gemeinschuldner 68 (9, 1), Vermächtnißforderungen sind nicht Konkursforderungen 276 (63, 5), Anfechtung der Erfüllung von ... durch den Erben 579 (222), Rangordnung der Ansprüche aus ... als Nachlaßverbindlichkeiten 590 (226, 10 u. 11).
Vermächtnißnehmer, Absonderungsrecht eines ... im bisherigen Recht 236 (50, 4), Antragsrecht des ... auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses 576 (219, 4), Anfechtung gegen den ... 579 (222).
Vermerk der Feststellung auf Urkunden 400 (145, 3).
Vermiether, Kündigung des ... 102 ff. (19 bis 21), Erfüllung des ... 102 ff. (19—21), Pfand- und Absonderungsrecht des ... 230 ff. (49, 11 ff.), s. auch Miethverträge.
Vermischung, Erwerb durch ... an Massegegenständen nach der Konkurseröffnung 86 (15, 11).
Vermögen des Gemeinschuldners über die Zugehörigkeit des ... zur Masse 32 (1, 8), ... der Ehefrau, über die Zugehörigkeit des ... zur Masse des Mannes 42 ff. (1, 24—27). 46 (2), ... der Kinder, über die Zugehörigkeit des .. zur Masse des Vaters 42 ff. (1, 24—27), ... der Ehefrau in ihrem Konkurse 46 (2), ... des Gemeinschuldners, Freigabe des ... 57 (6,4), ... dritter Personen, Aussonderung des ... 196 (Vorb. vor 43), Aussonderung von Vermögensstücken der Ehefrau 210 (45), ... des Gemeinschuldners, Absonderung des ... 217 (Vorb. 3 vor 47), ... der Kinder, Vorrecht 272 (61, 21), 649, (13), ... der Pflegebefohlenen, Vorrecht 272 (61, 22), 649 (13), ... des Gemeinschuldners, Verzeichniß der Gläubiger und Schuldner 333 (104, 4), ... der Ausländer im Inlande 611 (237), 614 (238), ... der Ehefrau, Vorrecht 649 (13)
Vermögensauseinandersetzung von Gemeinschaftsgenossen 89 (16), 236 (51).
Vermögensbeschlagnahme, kein Titel zur Anfechtung 669 (2, 4).
Vermögensstücke, Beschluß über nicht verwerthbare ... 445 (161, 2), erst nach vollzogener Schlußvertheilung ermittelte ... 459 (166, 4), Verheimlichung oder Beiseiteschaffung von ... 622 (239, 12), 635 (242, 5).
Vermögensübersicht, Vermittelung einer ... 625 (239, 21), ... als Zweck der Buchführung 630 (240, 13).
Vermögensuntersuchungen, Aufhebnng der Landesgesetze über ... 641 (4).
Vermögensunzulänglichkeit s. Unzulänglichkeit.
Vermuthung über den Zeitpunkt der am Konkurseröffnungstage vorgenommenen Rechtshandlungen 66 (7, 13), ... für die Begünstigungsabsicht 157 (30, 39), ... für die Benachtheiligungsabsicht 162 (31, 14), ... bei Verträgen mit Ehegatten und Verwandten 164 (32), ... betreffend den Erwerb der Ehefrau während der Ehe 210 (45), ... bei Abtretung von Forderungen an Ausländer 234 (50), ... bei der Aufrechnung 248 (55), ... bei Zahlungseinstellungen 329 (Vorb. vor 102), .. bei einem Veräußerungsverbote 339 (106, 6).
Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen 299 (75).
Vernichtung von Handelsbüchern 625 (239, 21), 629 (240, 12).
Verpächter, Kündigung des ... 102 ff. (19 bis 21), Erfüllung des ... 102 ff. (19—21), Pfändungs- und Absonderungsrecht des ... 232 (49, 15), s. auch Pachtverträge.
Verpfändung zur Masse gehöriger Gegenstände 379 (134).
Verpflichtung des Verwalters zur Annahme des Amtes 303 (78, 3).
Versammlung s. Gläubigerversammlung.
Versäumung, Folgen der ... im Konkursverfahren 294 (72, 4), ... des Prüfungstermins 456 (165).
Versicherte s. Krankenversicherungsunternehmungen, Lebensversicherungsanstalten, Unfallversicherungsunternehmungen, Versicherungsgesellschaften, Versicherungsvereine.
Versicherungsgesellschaften auf Actien, Antragsberechtigung auf Konkurseröffnung bei ... 331 (103, 4), Beschwerde gegen den Eröffnungsbeschluß 344 (109, 2), Unzulässigkeit des Zwangsvergleichs im Konkurse einer ... 474 (175, 1), Konkursverfahren über 521 (208, 2), Voraussetzungen für die Zahlungseinstellung bei ... 620 (239, 9).
Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, Einfluß der Konkurseröffnung auf ... 119 (25, 4), Vorrechte der Versicherten im Konkurse des ... 265 (Vorb. 4 vor 61), Antragsberechtigung auf Konkurseröffnung bei ... 331 (103, 4), Beschwerde gegen den Eröffnungsbeschluß 344 (109, 2), Unzulässigkeit eines Zwangsvergleichs im Konkurse eines ... 474 (175, 1), Wirkung der Konkursaufhebung auf ... 497 (192, 2), Konkursverfahren über ... 552 (213, 1).
Versicherungsvertrag, Einfluß der Konkurseröffnung auf den .. 119 (25, 4), Anfechtung des ... 167 (32, 9).
Versilberung der Masse durch den Verwalter 353 (117, 4).
Versuch, Strafbarkeit des ... bei den Konkursdelikten 621 (239, 10).
Vertagung der Gläubigerversammlung 321 (93, 6), ... des Prüfungstermins 391 (141, 3), ... des Vergleichstermins 483 f. (182, 8—10).
Vertheilung, Behandlung im 5. Titel des 2. Buchs 421 ff. (149—172), s. Vertheilungsverfahren.

Digitized by Google

Vertheilungsbetrag s. Prozentsatz.
Vertheilungsverfahren, Kosten des ... 258 (58, 4), Theilnahme der absonderungsberechtigten Gläubiger 276 (64), 432 (153), 438 (156), — der Gläubiger von betagten Forderungen 279 (65), — der Gläubiger von auflösend bedingten Forderungen 281 (66), — der aufschiebend bedingt berechtigten Konkursgläubiger 281 (67), 435 (154), 438 (156), — der Gläubiger aus gesammtschuldnerischen Verbindlichkeiten 284 (68). — der Gläubiger von nicht auf einen Geldbetrag gerichteten Forderungen 286 (69), — von Forderungen unbestimmten Geldbetrages 286 (69), — von Forderungen ungewissen Geldbetrages 286 (69), — von Forderungen nicht in Reichswährung festgesetzten Geldbetrages 286 (69), — von wiederkehrenden Hebungen zu bestimmtem Betrage und von bestimmter Zeitdauer 287 (70), ... Behandlung im 5. Titel des 2. Buchs 421 ff. (149—172), historische Uebersicht über die Entwicklung des ... 421 (Vorb. vor 149), Abriß des heutigen ... 422 (149, 1), drei Arten von Vertheilungen 422 (149, 1), frühester Zeitpunkt der Vertheilung 422 (149, 2), Stellung des Verwalters im ... 422 (150, 1), 461 (167), Genehmigung des Gläubigerausschusses zur Vornahme einer Vertheilung 423 (150, 2), Vorbereitung einer Vertheilung 423 (151, 1). Aufstellung eines Vertheilungsverzeichnisses 424 (151, 2), Betheiligte im ... 425 (151, 3), Berücksichtigung der Gläubiger mit Anspruch auf Befriedigung aus gewissen Gegenständen 425 (151, 4), — der Nachlaßgläubiger im Konkurse des Vorerben 425 (151, 5), — der Gläubiger eines im Nießbrauch Dritter stehenden Nachlasses 426 (151, 6), — der Gläubiger eines im Nießbrauch eines Dritten stehenden Vermögens 426 (151, 7), — der Gläubiger des eingebrachten Gutes im Konkurse der Ehefrau 426 (151, 8), — der Gläubiger mit Ansprüchen auf sonst unpfändbare Gegenstände 427 (151, 9), Inhalt des Vertheilungsverzeichnisses 427 (151, 10), seine Form 427 (151, 11), 428 (151, zu 11), öffentliche Bekanntmachung des Verwalters vor Vornahme einer Vertheilung 427 (151, 12), 428 (151, 14), Ermittelung des verfügbaren Massebestandes 428 (151, 13), Voraussetzungen für die Berücksichtigung bei der Vertheilung 429 f. (152, 1—5), Wirkung der Vertheilungsanmeldung 431 (152, 9), Ausschließung von der Vertheilung 432 (152, 10), Behandlung der bei einer Abschlagsvertheilung nicht berücksichtigten Gläubiger (Nachzügler) 436 (155), Aenderungen des Vertheilungsverzeichnisses 438 (157), Einwendungen gegen das Vertheilungsverzeichniß 439 (158), Bestimmung des Prozentsatzes bei Abschlagsvertheilungen 441 (159), Aussetzung einer Abschlagsvertheilung 443 (160), Zeitpunkt für die Vornahme der Schlußvertheilung 444 (161, 1), Genehmigung des Gerichts zur Vornahme 446 (161, 4), Schlußtermin 447 (162, 1), Schlußrechnung 447 (162, 2), Einwendungen dagegen 448 (162, 3), Schlußverzeichniß 448 (162, 4), Einwendungen dagegen 448 (162, 4 u. 5), Vollzug der Schlußvertheilung 449 (162, 6), Wirkung der Schlußvertheilung 449 (162, 7), Unverwerthbare Gegenstände 450 (162, 8), Konkursaufhebung nach Abhaltung des Schlußtermins 450 (163), Rechte der Konkursgläubiger nach der Konkursaufhebung 452 (164, 1), 456 (165), Nachtragsvertheilung 457 (166), ihre Voraussetzungen 458 f. (166, 1—4), ihre Vornahme 460 f. (166, 5—7), Zurückbehaltung von Antheilen 461 f. (168, 1—3), Hinterlegung zurückbehaltener oder nicht erhobener Beträge 463 (169), Zahlungen auf festgestellte bevorrechtigte Forderungen 464 (170), Zurückfließen von hinterlegten Beträgen zur Masse 465 (171), Befriedigung der Massegläubiger 465 (172, 1), Ausschluß der Massegläubiger 466 (172, 2 u. 3), Zurückbehaltung von Beträgen für einen Nachlaßgläubiger, wenn der Erbe die Forderung geltend macht 587 (225, 3), s. auch Abschlagsvertheilung, Nachtragsvertheilung, Schlußvertheilung.
Verträge, Einfluß abweichender Vertragsbestimmungen auf die Vorschriften der K.O. über die Erfüllung der Rechtsgeschäfte 94 (Vorb. 4 vor 17), Erfüllung von ... 94 ff. (17—28), von einem Theil erfüllte ... 95 (17, 2), zweiseitige ... 95 17, 3), Nichterfüllung beider Theile 96 (17, 4), Wahl der Nichterfüllung durch den Verwalter 97 (17, 6), Wahl der Erfüllung durch den Verwalter 98 (17, 7), Unterbleiben der Wahl 99 (17, 10), Fixgeschäfte 99 (18), Einfluß abweichender Vertragsbestimmungen auf die Vorschriften der K.O. über die Erfüllung der Fixgeschäfte 102 (18, 17), Miethverträge 102 ff. (19—21), Pachtverträge 102 ff. (19—21), Dienstverhältnisse 110 (22), Auftrag 112 (23), 126 (27), Geschäftsbesorgungsverträge 112 (23), 126 (27), Gesellschaft 127 (28), entgeltliche ... mit Verwandten 161 (31, 9 bis 11), s. auch Anfechtung, Erfüllung, Massenansprüche.
Vertragsstrafen, Rangordnung der ... des Gemeinschuldners unter den Konkursforderungen 274 (62, 2).
Vertreter, der Verwalter als gesetzlicher ... des Gemeinschuldners 27 (Vorb. 3e vor 1), 58 (6, 5), Handlungen von ... eines Gemeinschuldners nach der Konkurseröffnung 64 (7, 9), — vor der Konkurseröffnung 133 (29, 2), Anfechtung von durch einen ... eines Gläubigers vorgenommenen Rechtshandlungen 147 (30, 12), ... des Verwalters in einzelnen Angelegenheiten 305 (79, 2), ... des Gemeinschuldners im Eröffnungsverfahren 336 (105,

Digitized by Google

8), ... des Verwalters im Prüfungstermin 391 (141, 2) ... des Gemeinschuldners im Vergleichstermin 477 (179, 1), Stellvertreter von Konkursgläubigern im Vergleichstermin 482 (182, 5), gesetzliche ... von Konkursgläubigern im Vergleichstermin 482 (182, 5), ... der Aktiengesellschaften 521 (208, 1), ... der Gesellschaften mit beschränkter Haftung 523 (63, 1), ... der eingetragenen Genossenschaften 528 (104), ... der offenen Handelsgesellschaften 544 (209, 2), 547 (210, 2), ... der Kommanditgesellschaften 544 (209, 2), 547 (210, 2), ... der Kommanditgesellschaften auf Aktien 544 (209, 2), 547 (210, 2), ... einer juristischen Person 552 (213, 2), ... eines nicht rechtsfähigen Vereins 553 (213, 4), ... des Nachlasses 556 (Vorb. 1 vor 214).

Verurtheilung des Gemeinschuldners wegen betrüglichen Bankerutts, Einfluß auf den Zwangsvergleich 506 (197).

Vervollständigung der Anmeldung 387 (139, 4).

Verwalter s. Konkursverwalter, Nachlaßverwalter.

Verwaltung der Masse, Kosten der ... 258 (58, 4), Uebernahme der ... durch den Verwalter 351 (117), Durchführung der ... 362 ff. (126–137).

Verwaltungsbehörden, Feststellung von Konkursforderungen durch ... 409 (146, 9).

Verwaltungsgerichte, Feststellung von Konkursforderungen durch ... 409 (146, 9).

Verwaltungskosten, Begriff und Natur der ... 255 (58 (3iff. 2), Umfang der ... 258 (58, 4),

Verwaltungspflicht des Erben 561 f. (Vorb. 10 u. 11 vor 214), .. des Miterben 563 Vorb. 13 vor 214).

Verwaltungsrecht des Gemeinschuldners, Ausübung des ... durch den Verwalter 57 (6), ... des Ehemannes, Einfluß der Konkurseröffnung auf das ... 120 (25, 4), ... der Eltern, Einfluß der Konkurseröffnung auf das ... 120 (25, 4).

Verwaltungsverfahren, Einfluß der Konkurseröffnung auf ein schwebendes ... 79 (12, 3), Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten bei Feststellungsprozessen 409 (146, 9).

Verwandte, Anfechtung entgeltlicher Verträge des Gemeinschuldners mit ... im Konkursverfahren 161 ff. (31, 9–14), 163 (31, 16), Aufechtung gegen ... als Rechtsnachfolger im Konkursverfahren 192 ff. (40, 6–8), Anfechtung entgeltlicher Verträge des Gemeinschuldners mit ... außerhalb des Konkursverfahrens 672 (3), Anfechtung gegen ... als Rechtsnachfolger außerhalb des Konkursverfahrens 693 (11).

Verweigerung des Offenbarungseides 362 (125, 4), Folgen der ... 473 (175, 1).

Verweis gegen den Verwalter 309 (84).

Verwendung, Absonderungsrecht wegen Forderungen aus der ... 233 (49, 20).

Verwerfung des Zwangsvergleichs von Amtswegen auf Grund gesetzlichen Zwanges 487 (186), 489 (187 Satz 1), von Amtswegen nach Ermessen des Gerichts 489 (187 Satz 2), auf Antrag eines nicht bevorrechtigten Gläubigers 491(188).

Verwerthung, Kosten der ... der Masse 258 (58, 4), Rechte und Pflichten des Verwalters hinsichtlich der ... der Masse 351 (117), ... von unbeweglichen Massegegenständen 362 (126), 379 (134, 1), ... von beweglichen mit einem Absonderungsrecht belasteten Massegegenständen 366 (127), 375 (133), Berichterstattung des Verwalters über die ... der Masse 374 (131), 375 (132), ... von Forderungen 378 (133, 9), ... des Geschäfts des Gemeinschuldners 379 (134, 2), Widerspruch des Gemeinschuldners gegen Verwerthungshandlungen 380 (135), ... der Masse als Voraussetzung der Schlußvertheilung 444 (161, 1).

Verzeichniß der Gläubiger und Schuldner des Gemeinschuldners 333 (104, 4), ... der konkursunfähigen Schuldner 341 (107, 3), ... der Massegegenstände (Inventur) 358 (123), ... der bei der Vertheilung zu berücksichtigenden Forderungen 423 (151), Aufstellung und Inhalt dieses Verzeichnisses 424 (151, 2), Scheidung der Gläubigerklassen darin 427 (151, 10), Form dieses Verzeichnisses 427 (151, 11), Aenderung des Vertheilungsverzeichnisses 438 (157), Einwendungen gegen das Vertheilungsverzeichniß 439 (158), Schlußverzeichniß (s. auch daselbst) 448 (162, 4 u. 5).

Verzicht eines aufrechnungsberechtigten Konkursgläubigers auf das Aufrechnungsrecht 243 (53, 5), ... eines absonderungsberechtigten Konkursgläubigers auf abgesonderte Befriedigung 276 (64), Form und Wirkung dieses ... 278 (64, 6), Nachweis des ... durch einen absonderungsberechtigten Konkursgläubiger im Vertheilungsverfahren 433 (153, 4), ... des Gesellschaftsgläubigers auf Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen 551 (212, 6).

Verzögerung der Konkurseröffnung durch den Gemeinschuldner, Einfluß auf dem Zwangsvergleich 489 (187, 3).

Verzug in der Abgabe einer Erklärung 99 (17, 9), 107 (20, 4), ... des Gemeinschuldners als Grund einer Konkursforderung 121 (26).

Vöhl, besondere Bestimmungen für den Amtsgerichtsbezirk ... 710 (40).

Vollendung des Bankerutts 619 (239, 4).

Vollmacht, Wirkung der Konkurseröffnung auf eine . 114 (23, 7), Wirkung nach früherem Recht 115 (23, 8), Form der ... im Konkurse 294 (72, 2), 482 (182, 5).

Vollstreckbarer Schuldtitel, Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen, für die ein ... verlangt ist 172 ff. (35, 2 u. 3), Einfluß auf die Form der Anfechtungsdurchführung 174 (35, 5), — auf die Feststellung

Digitized by Google

streitiger Forderungen 404 (146, 1), 413 ff. (146, 15–21), — auf Vertheilungen 429 (152), Klagen auf Vollstreckungsklausel nach der Konkursaufhebung 452 (164), .. als Voraussetzung für die Anfechtung außerhalb des Konkursverfahrens 667 ff (2, 2—6), Zeitpunkt des Vorliegens des ... bei dieser Anfechtung 668 (2, 3), Inhalt des ... bei der gewöhnlichen Anfechtung außerhalb des Konkursverfahrens 668 (2, 4), Einwendungen des Anfechtungsgegners gegen den ... 669 (2, 6), Inhalt des ... bei der Anfechtung der von dem Erben vorgenommenen Erfüllung von Pflichttheilsansprüchen, Vermächtnissen der Auflagen durch einen Nachlaßgläubiger 678 (3a, 5), Frist zur Beschaffung eines ... bei der Anfechtung im Wege der Einrede 683 ff. (5, 3 u. 4), Wirkung des Vorliegens eines nur vorläufig ... bei der Anfechtung außerhalb des Konkursverfahrens 691 (10).

Vollstreckungsklagen, Klagen in der Zwangsvollstreckungsinstanz gegen die Vorschußberechnung im Genossenschaftskonkurse 531 (109 Abs. 3).

Vollstreckungsklausel, Ertheilung der ... für einen Auszug aus der Tabelle 454 (164, 6), 502 (194), Klage auf Ertheilung der ... dabei 455 (164, 7), Einwendungen gegen die Zulässigkeit der ... dabei 455 (164, 7), Klage auf Ertheilung der ... für die Vorschußberechnung im Genossenschaftskonkurse 531 (109 Abs. 3), Klage wegen Unzulässigkeit der ... bei dieser Vorschußberechnung 531 (109 Abs. 3), ... keine Voraussetzung für die Anfechtung außerhalb des Konkursverfahrens 668 (2, 3), 669 (2, 5).

Vollstreckungspfändung als Voraussetzung des Pfändungspfandrechts 227 (49, 6).

Vollziehung der Vertheilungen s. Vollzug.

Vollzug der Vertheilungen, Vollzug der Schlußvertheilung 449 (162, 6), 450 (163, 1), 463 (169), Beginn des Vollzuges der Schlußvertheilung 449 (162, 6), Beendigung des Vollzuges der Schlußvertheilung 450 (163, 1), Ort der Auszahlung des Prozentsatzes bei jeder Vertheilung 461 (167), Zeit der Auszahlung 461 (167), Art der Auszahlung 461 (167), Zurückbehaltung von Antheilen 461 (168), Hinterlegung der bei dem Vollzug der Schlußvertheilung zurückbehaltenen Beträge 463 (169), — der bis zu diesem Zeitpunkt nicht erhobenen Beträge 463 (169), Zeitpunkt für Zahlungen auf festgestellte bevorrechtigte Forderungen 464 (170), Zurückstellen von zur Sicherstellung eines bedingt zur Aufrechnung befugten Gläubigers hinterlegten Beträgen zur Masse 465 (171), Geltendmachung von nicht rechtzeitig zur Kenntniß des Verwalters gelangten Masseansprüchen 465 (172).

Voraus des Ehegatten als Nachlaßverbindlichkeit 590 (226, 11).

Vorausklage, Vorbehalt der ... durch den Vergleichsbürgen 503 (194, 5).

Vorbehalt, Anfechtung auf Grund eines unter ... ergangenen Urtheils außerhalb des Konkursverfahrens 691 (10), .. für Landesgesetze (s. auch daselbst) 642 (7 u. 8), 645 ff. (12 u. 13), 652 (17), 655 (IV), 656 (VI).

Vorbereitung der Vertheilung, Niederlegung eines Verzeichnisses der zu berücksichtigenden Forderungen auf der Gerichtsschreiberei 424 (151, 1 u. 3), öffentliche Bekanntmachung der Summe der Forderungen und des Massebestandes 427 (151, 12).

Voreltern, Unterhaltsansprüche der ... im Nachlaßkonkurs 588 (226, 3).

Vorerbe, der Gemeinschuldner als ... 369 (128, 1), 598 (31), Verwerthung der zur Vorerbschaft gehörigen Gegenstände 370 (128, 2 u. 5), Einkünfte der Vorerbschaft 370 (128, 2), Befriedigung der Nachlaßgläubiger im Konkurse des ... 370 (128, 4), 425 (151, 5), Befriedigung der Realgläubiger im Konkurse des ... 370 (128, 5), Rechte des Nacherben im Konkurse des ... 371 (128, 6), Vorerbschaft bei Einsetzung des Nacherben auf den Ueberrest 371 (128, 7), Befriedigung von Forderungen gegen einen Nachlaß aus den einem ... zustehenden Nutzungen 427 (151, 9), Herausgabepflicht des ... bei Eröffnung des Nachlaßkonkurses 563 (Vorb. 14 vor 214), Berechtigung des ... zum Antrag auf Nachlaßkonkurseröffnung 570 (217, 2), Antragspflicht des ... 573 (217, 9), ... als Konkursgläubiger im Nachlaßkonkurs 598 (231, 1), 599 (231, 4).

Vorführung des Gemeinschuldners 327 (101), 337 (106), 362 (125, 4).

Vorgeschobene Personen bei Geltendmachung erdichteter Forderungen 634 (242).

Vorkommission zum Entwurf einer Konkursordnung 5 (Einl. 2).

Vormerkung, Eintragung einer ... gegen den Gemeinschuldner während des Konkursverfahrens 82 (14, 6), Rechte des Gläubigers aus einer vor der Konkurseröffnung eingetragenen ... 115 (24), Anspruch auf Erfüllung des vorgemerkten Anspruchs 115 (24, 1), Zeitpunkt der Eintragung 116 (24, 2), Befriedigung des vorgemerkten Anspruchs 116 (24, 3), ... im Schiffsregister 117 (24, 4), Einfluß des Zwangsvergleichs auf die Rechte aus einer ... 497 (193), Wirksamkeit der nach Eintritt des Erbfalls erlangten ... für das Nachlaßkonkursverfahren 578 (221).

Vormund, Stellung des ... als gesetzlichen Vertreters eines Gläubigers im Vergleichstermin 482 (182, 5).

Vorprüfungsverfahren beim Zwangsvergleich, Befugnisse des Verwalters im ... 475 (176, 1 u. 2), des Gläubigerausschusses 475 (176, 1 u. 2; 177), — des Gerichts 475 (176, 3), Voraussetzungen

Digitized by Google

für die Zurückweisung eines Vergleichsvorschlags 475 (176), Erklärung des Gläubigerausschusses über die Annehmbarkeit des Vergleichsvorschlags 475 (177) Wirkung dieser Erklärung 476 (177, 2).

Vorrecht der Ehefrau des Gemeinschuldners 264 (Vorb. 1 vor 61), 649 (13), ... der Pfandbriefgläubiger einer Hypothekenbank 264 (Vorb. 3 vor 61), 653 (17, 2), ... der Inhaber von Pfandbriefen anderer Kreditanstalten 265 (Vorb. 3 vor 61), 652 (17), 654 (III), ... der Versicherten einer Lebensversicherungsanstalt 265 (Vorb. 4 vor 61), — einer Krankenversicherungsunternehmung 265 (Vorb. 4 vor 61), — einer Unfallversicherungsunternehmung 265 (Vorb. 4 vor 61), .. der Inhaber von Schuldverschreibungen einer Körperschaft des öffentlichen Rechts 265 (Vorb. 5 vor 61), 652 (17), 654 (III), — einer Aktiengesellschaft 265 (Vorb. 5 vor 61), 652 (17), 654 (III), — einer Kommanditgesellschaft auf Aktien 265 (Vorb. 5 vor 61), 652 (17), 654 (III), — einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung 265 (Vorb. 5 vor 61), 652 (17), 654 (III), — einer Genossenschaft 265 (Vorb. 5 vor 61), 652 (17), 654 (III), Rangordnung der Vorrechte 265 ff. (61, 1—3), ... der im Haushalt des Gemeinschuldners Beschäftigten 267 f. (61, 4—7), ... der im Wirthschaftsbetriebe Beschäftigten 267 f. (61, 4—7), ... der im Erwerbsgeschäft Beschäftigten 267 f. (61, 4—7), ... der Lagelöhner 267 (61, 4), .. der Lohndiener 267 (61, 4), ... der Näherinnen 267 (61, 4), ... der Dienstboten 267 (61, 4), ... der Gesellen 267 (61, 4), ... der Meister 267 (61, 4), ... der Fabrikarbeiter 267 (61, 4), ... der Handlungsgehilfen 267 (61, 4), ... der Wirthschaftsbeamten 267 (61, 4), ... der Gärtner 267 (61, 4), ... der Förster 267 (61, 4), ... der Schreiber 267 (61, 4), ... der Privatbeamten 267 (61, 4), ... der Hausdiener 267 (61, 4), ... der Handlungsdiener 267 (61, 4), ... der Packer 267 (61, 4), ... der Markthelfer 267 (61, 4), ... der Gewerbegehilfen 267 (61, 4), ... der Werkmeister 267 (61, 4), ... der Techniker 267 (61, 4), ... der Arbeiterkrankenkassen 268 (61, 7), 270 (61, 16), ... der Arbeiterversicherungskassen 268 (61, 7), ... der Reichskasse 268 ff. (61, 8—13), ... der Staatskassen 268 ff. (61, 8—13), ... der Gemeinden 268 ff. (61, 8—13), ... der Amtsverbände 268 ff. (61, 8—13), 270 (61, 16), ... der Kreisverbände 268 ff. (61, 8—13), 270 (61, 16), ... der Provinzialverbände 268 ff. (61, 8—13), 270 (61, 16), ... der Kirchen 270 f. (61, 14—18), ... der Schulen 270 f. (61, 14—18), ... der öffentlichen Verbände 270 f. (61, 14 bis 18), ... der öffentlichen Feuerversicherungsanstalten 270 f. (61, 14—18), ... der Kirchengemeinden 270 (61, 14), ... der Kirchenverbände 270 (61, 16), ... der Schulverbände 270 (61, 16). ... der Gemeindeverbände 270 (61, 16), ... der Wegeverbände 270 (61, 16), ... der Deichverbände 270 (61, 16), ... der Meliorationsverbände 270 (61, 16), ... der Ortsarmenverbände 270 (61, 16), ... der Landarmenverbände 270 (61, 16), ... der Rechtsanwaltskammern 270 (61, 16), ... der Landschaftsverbände 270 (61, 16), ... der Landschaftskammern 270 (61, 16), ... der Handelskammern 270 (61, 16), ... der Handwerkskammern 270 (61, 16), ... der Knappschaftsverbände 270 (61, 16), ... der Berufsgenossenschaften 270 (61, 16), ... der Innungen 270 (61, 16), ... der Synagogengemeinden 270 (61, 16), ... der Aerzte 271 (61, 19), ... der Wundärzte 271 (61, 19), ... der Tierärzte 271 (61, 19), ... der Apotheker 271 (61, 19), .. der Hebammen 271 (61, 19), ... der Krankenpfleger 271 (61, 19), ... der Zahnärzte 271 (61, 19), ... der Kinder des Gemeinschuldners 272 f. (61, 20—26), 649 (13), ... der Mündel des Gemeinschuldners 272 f. (61, 20—26), ... der Pflegebefohlenen des Gemeinschuldners 272 f. (61, 20—26), 649 (13), Anmeldung der Vorrechte 385 (139), 389 (140), nachträgliche Anmeldnng 394 (142, 2), Anmeldung nach Feststellung der Forderung 402 (145, 9), Werth des Streitgegenstands bei Prozessen über Vorrechte 420 (148), Zeitpunkt für Zahlungen auf Vorrechte 464 (170), Behandlung der Vorrechte beim Zwangsvergleich 495 (191), ... auf Grund eines durch die K.O. unwirksam gewordenen Pfand- oder Vorzugsrechts 645 (12), ... der Banknoteninhaber 648 (12, 5), preußische Uebergangsbestimmungen 706 ff. (18—37), s. auch bevorrechtigte Forderungen.

Vorrechtsregister, Anordnung über die Einrichtung von ... 646 (12), 649 (13), Einrichtung des ... in Preußen 707 ff. (25 bis 36), Anmeldeverfahren in Preußen 707 ff. (25—36).

Vorschuß zur Verhütung der Abweisung des Eröffnungsantrags 341 (107, 2), zur Wiederaufnahme des Verfahrens 508 (198), zur Verhütung der Einstellung des Verfahrens 517 (204, 2).

Vorschußberechnung im Genossenschaftskonkurs 529 ff. (106—112), Einwendungen gegen die ... 530 (108), Anfechtungsklage gegen die ... 532 (111).

Vorschußweise Einrichtung, Einfluß der ... einer öffentlichen Abgabe durch den Steuererheber auf das Vorrecht 270 (61, 12).

Vorstand, Stellung des ... einer Aktiengesellschaft im Konkurse 521 (208), — der Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Konkurse 523 (64), — des Vorstands einer Genossenschaft im Konkurse 526 (99), 527 (100), 536 (117), Bestrafung der Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften 637 (244), — von ein-

Digitized by Google

getragenen Genossenschaften 637 (244), Verantwortlichkeit mehrerer Vorstandsmitglieder 638 (244, 3).
Vortelle, Versprechen von besonderen ... für eine Abstimmung 636 (243, 3).
Vorzeigungspflicht der Absonderungsberechtigten 356 (120).
Vorzugsrechte, Erwerb eines ... an Massegegenständen nach der Konkurseröffnung 87 (15, 15), reichsgesetzliche Uebergangsbestimmungen 645 ff. (11—13), preußische Uebergangsbestimmungen 706 ff. (18—24).

W.

Wahl des Verwalters 305 (80), 345 (110), ... des Gläubigerausschusses 314 (87), 345 (110).
Wahlrecht des Verwalters bei Aufnahme von Rechtsstreitigkeiten 69 (10), 74 (11), — bei der Erfüllung von zweiseitigen Verträgen 97 (17, 6), Ausüben der Wahl hierbei 98 (17, 7), Unterbleiben der Wahl 99 (17, 10), ... des Verwalters im Falle des Bestehens eines Miethverhältnisses des Gemeinschuldners 107 (20, 4), ... des Aufrechnungsberechtigten bei einer Aufrechnung gegen mehrere Forderungen 244 (53, 7).
Währung, Geltendmachung der Konkursforderungen in Reichswährung 236 (69).
Waren, Lieferungsverträge über ... (Fixgeschäfte) 99 (18), Verfolgungsrecht für ... auf dem Transport 203 (44), Differenzhandel mit ... 627 (240, 5).
Warenlager, Veräußerung des ... des Gemeinschuldners 379 (134, 2).
Wechsel, Aufnahme des Protestes beim Gemeinschuldner 58 (6, 2), Ausfüllung unvollständiger ... 59 (6, 5), Anfechtung wechselrechtlicher Verpflichtungen 136 (29, 9), Rückforderungen von Wechselzahlungen des Gemeinschuldners 169 (34), Aussonderung von ... 200 (43, 5), Aufrechnung durch den Indossanten eines vom Gemeinschuldner akzeptirten ... mit seinem Regreßanspruch 250 (55, 6), 252 (55, 12), Befugniß des Indossanten, die seit der Konkurseröffnung aufgelaufenen Zinsen im Verfahren geltend zu machen 275 (63, 2), Gefälligkeitswechsel 282 (67, 4), Sicherungsanspruch eines Wechselgläubigers wegen seines Regreßanspruchs 282 (67, 4), Konkurs mehrerer Wechselverpflichteten, Geltendmachung des vollen Betrags gegen jeden 284 (68, 1), ... des Verwalters auf die Hinterlegungsstelle 383 (137, 3), Vermerk der Feststellung auf ... 400 (145, 3), Unterbrechung der Verjährung im Wechselrecht 640 (3 Abs. 3).
Wechselanspruch, Verlust des ... 170 (34, 4 b).
Wechselgläubiger, Anfechtbarkeit der einem ... gewährten Sicherung 154 (30, 29), Bedeutung des Sicherungsanspruchs eines ... beim Vorliegen einer Gläubigerbegünstigung 633 (241, 9).
Wechselrecht, Einfluß des ... auf das Anfechtungsrecht 169 (34, 1).
Wechselordnung, Abänderung der ... 640 (3 Abs. 3).
Wechselzahlungen, Anfechtbarkeit von ... des Gemeinschuldners 169 (34), Begriff der ... 170 (34, 2), Ausschluß der Anfechtung gegen den Empfänger auf Grund der Kenntniß der Zahlungseinstellung oder des Eröffnungsantrags [§ 30 Ziff. 1 K.O.] 170 (34, 3), Voraussetzungen des Ausschlusses 170 (34, 4), Einfluß des Inkassogiros auf die Anfechtbarkeit 170 (34, 5), Anfechtung gegen den letzten Wechselregreßschuldner 171 f. (34, 6—10).
Wegeverbände, Vorrecht der ... 270 (61, 16).
Weggabe von auf Kredit entnommenen Waaren oder Werthpapieren durch den Gemeinschuldner 627 (240, 6—9).
Weihnachtsgeschenke als Theil der Dienstvergütung 268 (61, 5).
Werkmeister, Konkurs des ... 119 (25, 4), Absonderungsrecht des ... 223 (49, 17), Vorrecht des ... wegen des Lohns 267 (61, 4).
Werkvertrag, Einfluß der Konkurseröffnung auf einen ... zum Zweck einer Geschäftsbesorgung 113 (23), Einfluß der Konkurseröffnung über das Vermögen des Werkmeisters auf einen ... nach A.L.R. 119 (25, 4 e), Wirkung des Erlöschens eines Geschäftsbesorgungs-(Werk-)vertrages 126 (27, 2), 127 (27, 4).
Werth, Veräußerung von Waaren oder Werthpapieren erheblich unter dem ... 628 (240, 9).
Werthermittelung von Konkursforderungen 286 (69), ... von Massegegenständen 359 (123, 2), ... von Streitgegenständen im Forderungs- und Vorrechtsprozeß 420 (148).
Wertherstattung, Verpflichtung zur ... nach § 335 St.G.B. 276 (63, 4).
Werthpapiere, Lieferung von ... (Fixgeschäfte) 99 (18), Hinterlegung von ... 373 (129, 6), 375 (132), Quittungen des Verwalters über den Empfang von ... von der Hinterlegungsstelle 382 (137), Pfand- und Vorrechte an ... 652 (17, 1).
Wette, Verbrauch übermäßiger Summen durch ... 625 (240 Ziff. 1), Begriff der ... 625 (240, 4).
Widerklage auf Grund einer Aufrechnung 243 (53, 4).
Widerruf der Bestellung als Gläubigerausschußmitglied 318 (92).
Widerspruch gegen die Stimmberechtigung von nicht geprüften Konkursforderungen 323 (95), ... von Absonderungsberechtigten 324 (96), ... gegen die Prüfung einer nachträglich angemeldeten Forderung im Prüfungstermin 393 (142), ... gegen eine angemeldete Forderung 396) (144), Widerspruchsberechtigte 396 (144, 1), Gründe des ... 397 (144, 2), Beseitigung

Digitized by Google

des ... 397 (144, 3), ... des Gemeinschuldners bei festgestellten Forderungen 398 (144, 5), — bei nicht festgestellten Forderungen 399 (144, 6), ... gegen das Abschlagsvertheilungsverzeichniß 439 (158), ... gegen die Schlußrechnung 448 (162, 3), ... gegen das Schlußverzeichniß 448 (162, 4), ... gegen die Verwerthung der Masse im Zwangsvergleichsverfahren 475 (177), ... gegen den Einstellungsantrag des Gemeinschuldners 515 f. (203, 1—3).

Wiederaufnahme des Konkursverfahrens 508 ff. (198—201), Anlaß und Voraussetzungen für die ... 508 (198, 1), Antragsberechtigte 508 (198, 2), Form und Wirkungen der ... 509 (193, 3), Behandlung der in der Zeit von der Konkursaufhebung bis zur ... vom Gemeinschuldner vorgenommenen Rechtshandlungen 509 (199), Theilnehmer am neuen Verfahren 509 (200), Inhalt des neuen Verfahrens 510 (201).

Wiederaufnahmeklage gegen die Feststellung einer Forderung im Konkurse 403 (145, 11), Zuständigkeit für die ... 404 (145, 12).

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, Allgemeines 294 (72, 2), ... bei Versäumniß des Prüfungstermins 456 (165), Grund dieser Bestimmung 456 (165, 1), Wiedereinsetzungsgrund 457 (165, 2), Frist für den Wiedereinsetzungsantrag 457 (165, 3), Antragsgegner 457 (165, 4), Antragsgericht 457 (165, 5), Inhalt des Antrags 457 (165, 6), Verfahren 457 (165, 7), Wirkung des Wiedereinsetzungsbeschlusses 457 (165, 8).

Wiederholung der Abstimmung über den Vergleichsvorschlag 483 (182, 8—10).

Wiederkehrende Einkünfte, Berechnung der ... als Konkursforderung 287 (70), Veräußerung des Rechts auf ... 380 (134, 3).

Wiesbaden, besondere Bestimmungen für den Appellationsgerichtsbezirk ... 705 (14).

Wirkung des Zwangsvergleichs, Aufhebung des Konkursverfahrens 493 (190), Berichtigung der Massenansprüche 494 (191), — der Vorrechtsforderungen 494 (191), ... auf die Konkursmasse 496 (192, 1), ... für die Zeit nach dem Konkurse 497 (192, 2), ... auf den Grund der Konkursforderungen 497 (193, 1), ... auf den Umfang der Konkursforderungen 498 (193, 2), ... auf nach dem Schätzungwerthe geltend gemachte Forderungen 498 (193, 3), ... auf Forderungen aus zweiseitigen Verträgen 499 (193, 4), ... auf Forderungen„ die im Konkursverfahren nicht geltend gemacht werden dürfen 499 (193, 6), ... auf die Kosten des Vergleichsverfahrens 500 (193, 7), ... auf die Massenansprüche 500 (193, 8), ... auf die Vorrechtsforderungen 500 (193, 9), ... auf die Absonderungsrechte 500 (193, 10), ... auf die Rechte der Gläubiger gegen Mitschuldner des Gemeinschuldners 501 (193, 11), — gegen Bürgen des Gemeinschuldners 501 (193, 11), Wirksamkeit eines ausländischen Zwangsvergleichs 501 (193, 13), Zwangsvollstreckung aus dem Zwangsvergleich 502 (194).

Wirthschaft s. ordnungsmäßige Wirthschaft.

Wirthschaftsbeamte, Vorrecht der ... wegen Lohns 267 (61, 4).

Wirthschaftsbetrieb, Dienstverhältniß im ... des Gemeinschuldners 111 (22, 5), Vorrecht der im ... des Gemeinschuldners angestellten 265 (61 Ziff. 1).

Wissenschaft von der Zahlungseinstellung bezw. vom Eröffnungsantrag 146 f. (30, 11—13).

Wohnort des Gemeinschuldners 291 (71).

Wohnungszwang der Erben während des Nachlaßkonkurses 558 (Vorb. 3 vor 214).

Wundärzte, Vorrecht der ... wegen Kurkosten 271 (61, 19).

Württemberg, Staatsvertrag mit einigen Schweizer Kantonen über die Behandlung württembergischer und schweizerischer Konkurse 614 (237, 7).

Z.

Zahl der Gläubiger beim Zwangsvergleich 481 (182).

Zahlungen an den Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung 66 (8), 150 (30, 16), 160 (31, 7), 169 (34), Anfechtbarkeit von ... des Gemeinschuldners 142 (30), 158 (31), 169 (34), ... des Verwalters an Gläubiger 461 (167), ... auf bevorrechtigte Forderungen vor der Vertheilung 464 (170).

Zahlungseinstellung, Feststellung der Zeit der ... bei Anfechtungen 130 (Vorb. 6 vor 29), Bedeutung der ... 144 (30, 3), 330 (102, 3), Rechtsnatur der ... 144 (30, 4), Kennzeichen der ... 144 ff. (30, 5—7), fingierte ... 145 (30, 6), Erkennbarkeit der ... 145 (30, 8), Beweis der ... 146 (30, 9), Bedeutung der Kenntniß der ... bei der Anfechtung 146 (30, 11), Kenntniß des Vertreters von der ... 147 (30, 12), Zeit der Kenntniß, allgemeines 147 (30, 13), — beim grundbuchlichem Erwerbe 147 (30, 13), Beschränkung der Anfechtung auf die Kenntniß der ... innerhalb der letzten 6 Monate vor der Konkurseröffnung 168 (33), Bedeutung der Kenntniß der ... bei der Aufrechnung 251 (55, 7 u. 8), 252 (55, 11), Beweislast für den Nachweis der Kenntniß hierbei 252 (55, 11), ... als Voraussetzung der Konkurseröffnung 328 (Vorb. vor 102), 329 (102), Glaubhaftmachung der die ... begründenden Tatsachen 334 (105), Zeit der ... für die Anfechtung von seit der Konkursaufhebung bis zur Wiederaufnahme des Verfahrens vorgenommenen Rechtshandlungen 509 (199, 1), Einfluß der ... beim Bankerutt 618 (239, 3), 619

Digitized by Google

(239, 4—6), 620 (239, 7 u. 9), 621 (239, 10), 626 (240, 1), — bei der Gläubigerbegünstigung 631 (241), — beim Konkursbetruge 634 (242), ... bei Anfechtung außerhalb des Konkursverfahrens 671 (3).
Zahlungsstatt, Ausübung des Stimmrechts betreffs einer an ... überwiesenen Forderung 483 (182, 7), Gewährung einer Befriedigung an einen Gläubiger an ... 633 (241, 9).
Zahlungsstockung, Bedeutung der ... 145 (30, 7).
Zahlungsstundung, Aufhebung der Landesgesetze betreffend Bewilligung einer ... 641 (4).
Zahlungsunfähigkeit, Verhältniß der ... zur Zahlungseinstellung 145 (30, 6 u. 7), ... als Konkurseröffnungsgrund 328 (Vorb. vor 102), Begriff der ... 330 (102, 2), Glaubhaftmachung der ... 334 (105), Bericht des Verwalters über die Entstehung der ... 374 (132). ... von Actiengesellschaften 519 (207), ... von Gesellschaften mit beschränkter Haftung 522 (63), ... von eingetragenen Genossenschaften 525 (98), ... von offenen Handelsgesellschaften 543 (209), ... von Kommanditgesellschaften 543 (209), ... von Kommanditgesellschaften auf Actien 543 (209), Bedeutung der ... im Nachlaßkonkurse 567 (215, 1), ... von ausländischen Schuldnern 614 (238), Bedeutung der ... beim Bankerutt 617 (239, 2, 626 1), — bei der Gläubigerbegünstigung 632 (241, 4), — bei der Anfechtung außerhalb des Konkursverfahrens 671 (3).
Zahnärzte, Vorrechte der ... wegen Kurkosten 271 (61, 19).
Zahngebisse, Behandlung der Herstellung von ... als Kurkosten 271 (61, 19).
Zeit der Zahlungseinstellung 130 (Vorb. 6 vor 29), 330 (102, 3), ... der Konkurseröffnung 341 (108).
Zeitbestimmung, Einfluß des Zeitpunkts der Konkurseröffnung auf den Umfang der Masse 40 (1, 19), — auf die Konkursforderung 49 (3, 7).
Zeitgeschäfte, Erfüllung der ... 99 (18).
Zeitungen s. Bekanntmachung.
Zeugen, Vernehmung von ... durch das Konkursgericht 299 (75).
Zinsen bei abgesonderter Befriedigung 223 (48, 7), Aufrechnung mit seit der Konkurseröffnung laufenden ... 246 (54, 2a), 250 (55, 5), Rangordnung der ... für die Zeit vor der Konkurseröffnung 273 (62), Theilnahme der ... für die Zeit nach der Konkurseröffnung 275 (63), Berechnung unverzinslicher betagter Forderungen 279 (65), gesetzliche ... 280 (65, 4), Anmeldung von ... 387 (139, 7), Behandlung der seit der Konkurseröffnung laufenden ... von Konkursforderungen im Nachlaßkonkurs 590 (226, 13), 593 (227).
Zollabgaben, Vorrechtsforderung wegen ... 269 (61, 8).
Zollgüter s. Zollpflichtige Sachen.
Zollpflichtige Sachen, abgesonderte Befriedigung wegen ... 227 (49, 5).
Zubehörstücke als Absonderungsgegenstände 222 (48, 2), ... unbeweglicher Gegenstände bei der Zwangsvollstreckung durch den Verwalter 364 (126, 5).
Zulässigkeit des Zwangsvergleichs, Voraussetzung für die ... auf Seiten des Gemeinschuldners 470 (173, 1), frühester Termin für die ... 470 (173, 2), spätester Termin 470 (173, 3), betheiligte Personen 471 (173, 4), Vergleichsvorschlag (s. auch daselbst) 471 (174), Unzulässigkeit wegen eines in der Person des Gemeinschuldners liegenden Grundes 473 (175), Verwerfung des Vergleichs von Amtswegen 487 (186), 489 (187), ... im Konkurse einer Aktiengesellschaft 522 (208, 4), — einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung 522 (63, 1), — einer eingetragenen Genossenschaft 536 (116), — einer offenen Handelsgesellschaft 548 (211), — einer Kommanditgesellschaft 548 (211), — einer Kommanditgesellschaft auf Aktien 548 (211), ... im Nachlaßkonkurs 596 (230).
Zulassung des Eröffnungsantrags 330 (103), 334 (104), 334 (105), 521 (208), 523 (64), 524 (71), 526 (99), 527 (100), 536 (118), 547 (210), 552 (213), 570 (217), 573 (218), 575 (219), 577 (220), ... des Antrags auf Zurückweisung des Zwangsvergleichsvorschlags 475 (176), — auf Verwerfung des Zwangsvergleichs 491 (188).
Zurückbehaltung von Anteilen auf Forderungen, für die eine abgesonderte Befriedigung beansprucht wird 433 (153, 3), 461 (168), ... auf aufschiebend bedingte Forderungen 435 (154, 1), 436 (154, 3), 461 (168), ... auf auflösend bedingte Forderungen 435 (154, 1), 461 (168), Dauer einer solchen Zurückbehaltung 438 (156), 463 (168, 3), ... auf Forderungen, über deren Bestehen ein Prozeß anhängig ist 461 (168), Entscheidung von Streitigkeiten über eine ... 462 (168, 1), ... der Gesellschaftsgläubiger auf den vollen Betrag ihrer Forderungen im Konkurse des persönlich haftenden Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft 551 (212, 4), — einer Kommanditgesellschaft 551 (212, 4), — einer Kommanditgesellschaft auf Aktien 551 (212, 4).
Zurückbehaltungsrecht, Erwerb eines ... an einem Massegegenstande nach der Konkurseröffnung 88 (15, 16), ... an zoll- und steuerpflichtigen Sachen 225 (49), Absonderungsrechte an zurückbehaltenen Sachen 233 (49, 20), Absonderung auf Grund eines handelsrechtlichen ... 234 (49, 21), ... der Erben im Nachlaßkonkurse 581 (223, 1), 582 (223, 3), ... des Nachlaßpflegers 582 (223, 4).
Zurückfließen von Beträgen zur Masse nach Vollzug der Schlußvertheilung 459 (166, 3), — für die Schlußvertheilung 465 (171).

Digitized by Google

Zurückforderungsrecht von Waaren auf dem Transport 203 (44).
Zurückgewähr bei Wechselzahlungen 169 (34), ... bei Anfechtungen 179 (37), ... aus der Masse 253 (Vorb. 1 u. 2 vor 57).
Zurücknahme des Eröffnungsantrags 331 (103, 1), 337 (105, 9), ... der Anmeldung 395 (142, 5), ... des Widerspruchs gegen Konkursforderungen 397 (144, 3), ... des Zwangsvergleichsvorschlags 473 (174, 4 u. 5).
Zurückweisung der Konkurseröffnung 343 (109), ... des Zwangsvergleichsvorschlags 475 (176).
Zusammentreffen mehrerer Bankerutthandlungen 619 (239, 5).
Zusatzberechnung im Genossenschaftskonkurse 534 (113).
Zuständigkeit für Anfechtungsklagen im Konkursverfahren 140 (29, 19), ... für den Konkurs des Kaufmanns 291 (Vorb. 3 zum 2. Buch), sachliche ... der Gerichte für das Konkursverfahren 291 (71, 1), örtliche ... für das Konkursverfahren im Inland 291 (71, 2), — in einem Konsulargerichtsbezirke 291 (71, 2), Ausschließlichkeit der ... für das Konkursverfahren 292 (71, 3), örtliche ... mehrerer Gerichte 292 (71, 4), Bestimmung der ... durch das höhere Gericht 293 (71, 5), ... für Zwangsmaßregeln gegen den Gemeinschuldner 338 (106, 1), ... für die Erhebung der Feststellungsklage 408 (146, 7), ... besonderer Gerichte hierbei 409 (146, 8) ... von Verwaltungsstellen hierbei 409 (146, 9), ... bei Aufnahme eines anhängigen Feststellungsstreits 412 (146, 13), ... für Feststellungsklagen beim Vorhandensein eines Titels 415 (146, 20), ... für Klagen auf Vollstreckungsklausel 454 (164, 7), ... für die Anfechtungsklage gegen die Vorschußberechnung im Genossenschaftskonkurse 533 (112), ... für den Nachlaßkonkurs 566 (214), ... für den Konkurs über das inländische Vermögen eines Schuldners, der im Deutschen Reiche keinen allgemeinen Gerichtsstand hat 615 (238, 6), ... für die Anfechtung außerhalb des Konkursverfahrens 667 (1, 10).
Zustellungen der Entscheidungen des Konkursgerichts, Allgemeines 296 (73, 3), Zustellungsempfänger 297 (73, 4), Form der ... 297 (73, 5), öffentliche ... 301 (76, 3), 336 (105, 7), besondere ... (neben den öffentlichen) 301 (76, 4), Form der besonderen ... 301 (77), ... von Entscheidungen über das Stimmrecht 324 (95, 6), ... im Ausland 334 (105), ... des Eröffnungsbeschlusses 347 (111, 4), ... zum Vergleichstermin 476 (179).
Zustimmung der Gläubiger zur Einstellung des Verfahrens 513 (202, 1).
Zuwendungen, die Ansprüche aus letztwilligen ... im Nachlaßkonkurs 276 (63, 5).
Zwangsinnungen s. Innungen.
Zwangsmaßregeln gegen den Gemeinschuldner, Allgemeines über ... 328 (101, 2), Anordnung der Vorführung und Haft des Gemeinschuldners 328 (101, 3), Erlaß eines allgemeinen Veräußerungsverbots 338 (106, 4), Ladung des Gemeinschuldners zum Offenbarungseid 360 (125, 1).
Zwangsvergleich, Einfluß des ... auf die Aufrechnung 244 (53, 5), Wirkung des ... auf einen Absonderungsberechtigten, der seinen Anspruch auch zur Masse angemeldet hat 279 (64, 7), Wirkung eines Vergleichsvorschlags auf eine Zusammenlegung der Konkurstermine 345 (110), Einfluß des ... auf Abschlagsvertheilungen 443 (160, 1), Behandlung des Vergleichsverfahrens im 6. Titel des 2. Buchs 467 ff. (173—201), Geschichtliches 467 (Vorb. 1 vor 173), Konstruktion des ... 467 ff. (Vorb. 2 vor 173), gerichtliche Bestätigung des ... 469 (Vorb. 3 vor 173), 486 (184), Präventivakkorde 469 (Vorb. 4 vor 173), Vergleichsvorschlag (s. auch daselbst) 470 (173), abschließende Theile beim ... 471 (173,4), Erfordernisse des ... 471 (174), Hindernisse des ... 473 (175), Vergleichstermin (s. auch daselbst) 476 (179, 1), Inhalt des Zwangsvergleichs 478 (181, 1 bis 3), Nichtigkeit aller dem ... entgegenstehenden Abkommen 479 (181, 4), 480 (181, 6), Folgen der Nichtigkeit für schon erfolgte Leistungen 480 (181, 5), Abstimmung beim ... 481 (182), 484 (183), Verwerfung des ... 487 ff. (186—188), Rechtsmittel gegen den den ... bestätigenden oder verwerfenden Gerichtsbeschluß 492 (189), über die Zulässigkeit der Zufügung einer Bedingung beim ... 493 (190, 1), 504 (195), — einer Zeitbestimmung 493 (190, 1), Wirkung des rechtskräftigen ... auf den Gemeinschuldner 496 (192), — auf die Konkursgläubiger 497 (193), — auf den Vergleichsbürgen 503 (194, 5), ... im Konkursverfahren über das Vermögen einer Aktiengesellschaft 522 (208, 4), — einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung 522 (63, 1), — einer eingetragenen Genossenschaft 536 (116), — einer offenen Handelsgesellschaft 548 (211), — einer Kommanditgesellschaft 548 (211), — einer Kommanditgesellschaft auf Aktien 548 (211), Wirkung des ... auf den Umfang der persönlichen Haftung der Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft 548 (211, 3), 551 (212, 5), — von Mitgliedern einer Kommanditgesellschaft 548 (211, 3), 551 (212, 5) — von Mitgliedern einer Kommanditgesellschaft auf Aktien 548 (211, 3), 551 (212, 5), ... im Konkursverfahren über das Vermögen eines Mitglieds einer offenen Handelsgesellschaft 550 (212, 3), — über das Vermögen eines persönlich haftenden Mitglieds einer Kommanditgesellschaft 550 (212, 3), — einer Kommanditgesellschaft auf Aktien

Digitized by Google

550 (212, 3), ... im Konkursverfahren über das Vermögen eines Vereins 552 (213, 1), — einer rechtsfähigen Stiftung 552 (213, 1), — einer juristischen Person des öffentlichen Rechts (Fiskus, Körperschaften, Anstalten) 552 (213, 1), — eines nicht rechtsfähigen Vereins 554 (213, 4), — im Nachlaßkonkursverfahren 596 (230), Vergleichsschluß durch alle Erben 596 (230, 1), — durch Nachlaßpfleger 596 (230, 2), — durch Testamentsvollstrecker 597 (230, 2), — bei unbeschränkter Erbenhaftung 597 (230, 3), Ausschlußwirkung des ... im Nachlaßkonkursverfahren 597 f. (230, 4 u. 5).

Zwangsvergleichstermin s. Vergleichstermin.

Zwangsvergleichsverfahren, geschichtliche Entwicklung des ... 467 (Vorb. 1 vor 173), Zulässigkeit des Zwangsvergleichs (s. auch daselbst) 469 ff. (173—175), Vorprüfung des Zwangsvergleichs (s. auch Vorprüfungsverfahren) 475 f. (176—177), Abschluß des Zwangsvergleichs (s. auch Vergleichstermin, Zwangsvergleich) 476 ff. (178—183), Bestätigung des Zwangsvergleichs (s. auch Bestätigungsverfahren) 486 ff. (184—189), Wirkung des Zwangsvergleichs (s. auch daselbst) 493 ff. (190 bis 194), Aufhebung des Zwangsvergleichs (s. auch daselbst) 504 ff. (195—197), Wiederaufnahme des Konkursverfahrens (s. auch daselbst) 508 ff. (198—201).

Zwangsvergleichsvorschlag s. Vergleichsvorschlag.

Zwangsversteigerung, Wirkung einer freiwilligen Veräußerung des Mieth- oder Pachtgrundstücks durch den Verwalter wie eine ... 109 (21, 6), ... unbeweglicher Massegegenstände 362 (126), Charakter dieser ... 362 (126, 1 u. 2), Einlösungsrecht Dritter dabei 363 (126, 2), Betreibung der ... durch den Verwalter 363 (126, 3), Zwangsversteigerungsverfahren 364 (126, 4), Behandlung der mithaftenden, der Immobiliarzwangsvollstreckung unterliegenden beweglichen Gegenstände 364 (126, 5), Befugnisse der absonderungsberechtigten Immobiliargläubiger im Versteigerungsverfahren 365 (126, 6), Befugnisse der persönlichen Gläubiger in diesem Verfahren 366 (126, 7), ... beweglicher Massegegenstände 368 (127, 5), besondere Ausführungsbestimmungen für den Appellationsgerichtsbezirk Köln 705 (16).

Zwangsverwaltung unbeweglicher Massegegenstände 362 (126), Verfahren dabei 364 (126, 4).

Zwangsvollstreckung, Befreiung von der ... 34 (1, 8), Wirkung einer Beschlagnahme in das unbewegliche Vermögen vor der Konkurseröffnung 79 (13), ... in das Vermögen des Gemeinschuldners während der Dauer des Konkursverfahrens 80 (14), Unzulässigkeit der ... zu Gunsten einzelner Konkursgläubiger 80 f. (14, 1 4), Wirkung vollzogener Zwangsvollstreckungsakte 81 (14, 5), Erwerb durch ... an einem Massegegenstande nach der Konkurseröffnung 87 (15, 12), ... als Rechtshandlung des Gemeinschuldners 133 (29, 3), Anfechtung von durch ... erzwungenen Rechtshandlungen des Gemeinschuldners 151 (30, 21), 174 (35, 6), Immobiliarzwangsvollstreckung als Maßstab für den Umfang der Immobiliarabsonderung 218 (47), ... als Voraussetzung des Pfändungspfandrechts 227 (49, 6), Erwerb von Massegegenständen im Wege der .. nach Erlaß des allgemeinen Veräußerungsverbots 339 (106, 6), Veräußerung eines Absonderungsgegenstandes nach den Regeln über die ... 368 (127, 5), ... gegen den Gemeinschuldner wegen festgestellter Forderungen nach der Aufhebung des Konkursverfahrens ohne Zwangsvergleich 452 (164), Vollstreckungstitel dabei 453 (164, 5 u. 6), — nach Abschluß eines Zwangsvergleichs 502 (194), Berechtigung zur Zwangsvollstreckung 502 (194, 1), Vollstreckungstitel dabei 502 (194, 2), ... wegen Vorrechtsforderungen 502 (194, 3), Vollstreckbarkeit nicht festgestellter Forderungen 503 (194, 4), ... gegen den Vergleichsbürgen 503 (194, 5) .. nach Eintritt des Erbfalls für Nachlaßgläubiger 578 (221, 1), — für Erbengläubiger 578 (221, 2), ... in das inländische Vermögen eines ausländischen Gemeinschuldners 611 (237, 2), Bedeutung eines fruchtlosen Versuchs der ... bei der Anfechtung außerhalb des Konkursverfahrens 671 (2, 9), Bedeutung der Aussichtslosigkeit der ... bei dieser Anfechtung 672 (2, 10).

Zweckbestimmung, Einfluß der ... auf den Umfang der Masse 47 (3).

Zweigniederlassung, Verpflichtung zur Buchführung für eine ... 629 (240, 11).

Zweiseitige Verträge, Erfüllung von ... des Gemeinschuldners nach der Konkurseröffnung 92 (Vorb. 1 vor 17), Rechte desjenigen, der vorgeleistet hat, wenn der andere Theil in Konkurs fällt 121 (26), Ansprüche aus ..., deren Erfüllung zur Konkursmasse verlangt wird 260 (59, 3), — deren Erfüllung für die Zeit nach der Konkurseröffnung erfolgen muß 260 (59, 4).

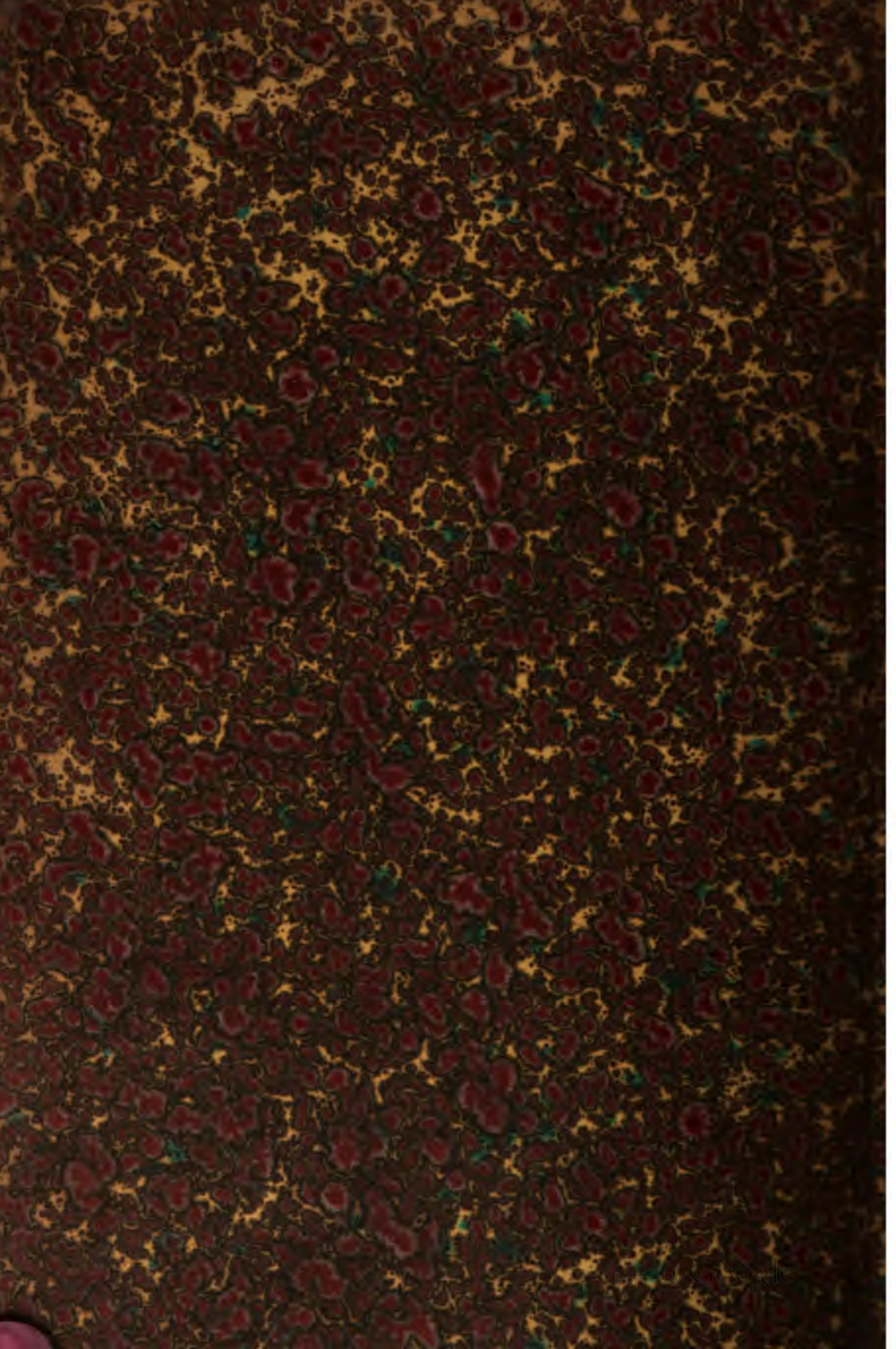
Zwischenzinsen bei betagten unverzinslichen Forderungen 246 (54, 2 b), 280 (65, 5), ... bei wiederkehrenden Hebungen 288 (70, 3).

Zwischenzinsberechnung, Carpzow'sche Methode zur Berechnung des Zwischenzinses 280 (65, 4), — Leibnitz'sche Methode 280 (65, 4), — Hoffmann'sche Methode 280 (65, 4).

Druck von Gebhardt, Jahn & Landt G. m. b. H., Schöneberg-Berlin.

Digitized by Google

Digitized by Google



Digitized by Google